目　录

Contents

第一篇　投融资与资产划转(入)

专题1:非货币性资产投资的税务问题 …… 3
专题2:不公允增资的所得税问题 …… 47
专题3:资本公积、留存收益转增的所得税问题 …… 59
专题4:有限责任公司整体变更的税务问题 …… 74
专题5:资产划入、资产(股权)划转的税务问题 …… 88
专题6:公司借款、关联借款以及“统借统还”税务问题 …… 118
专题7:债券、可转换(可交换)债券的税务问题 …… 143
专题8:优先股、永续债的税务问题 …… 163
专题9:混合性投资业务的税务问题 …… 188

第二篇　企业并购重组

专题10:企业重组税制的基础理论与实践 …… 205
专题11:企业重组所得税制的三大核心规则与实践 …… 225
专题12:企业重组所得税制的“债务承担”规则与实践 …… 240
专题13:企业重组企业所得税制的计税基础规则与实践 …… 259
专题14:三角并购重组的所得税疑难问题 …… 275
专题15:企业合并的税务疑难问题 …… 294
专题16:股权收购的税务疑难问题 …… 324
专题17:资产收购的税务疑难问题 …… 356
专题18:企业分立的税务疑难问题 …… 369
专题19:企业债务重组的税务疑难问题 …… 393
专题20:企业法律形式转变的税务疑难问题 …… 411

VISIT…

LANZAROTE Caliente.COM

专题 21:跨境重组的所得税问题 …… 423
专题 22:非居民企业转让境内企业股权的所得税问题 …… 434
专题 23:资产重组的增值税(营改增)问题 …… 470
专题 24:企业改制重组的土地增值税问题 …… 480
专题 25:企业改制重组的契税和印花税问题 …… 488

第三篇　企业利润分配

专题 26:企业利润分配的税务问题 …… 497
专题 27:超额分配的所得税问题 …… 509
专题 28:对境外投资者股息分配的所得税问题 …… 516
专题 29:不按股权比例分红的所得税问题 …… 528
专题 30:已宣告未到支付期股息转让的税务问题 …… 547

第四篇　企业减(撤)资和清算

专题 31:企业减资、撤资的税务问题 …… 557
专题 32:股份公司股份回购及库存股的所得税问题 …… 574
专题 33:企业清算的税务问题 …… 585

第五篇　合伙与信托

专题 34:合伙税制与实践 …… 606
专题 35:有限合伙私募股权投资基金的税务问题 …… 634
专题 36:信托税制与实践 …… 660
专题 37:证券投资基金的税务问题 …… 673

第六篇　资本交易特殊业务

专题 38:国有企业改制上市资产评估增值的企业所得税问题 …… 686
专题 39:限售股转让的所得税、营改增问题 …… 696
专题 40:QFII、RQFII 及“沪港通”的税务问题 …… 720
专题 41:对赌协议的财税问题 …… 729
专题 42:股权激励的税务问题 …… 768
专题 43:“红筹架构拆除”的所得税问题 …… 807

专题44:代持股的所得税问题 …… 825

第七篇 创新金融工具

专题45:融资租赁及售后回租业务的税务问题 …… 834
专题46:资产证券化的税务问题 …… 847
专题47:互联网金融业务的税务问题 …… 874
专题48:理财产品的税务问题 …… 893
专题49:融资融券业务的财税问题 …… 909

第八篇 国际资本税收业务

专题50:税收协定的结构、与资本交易相关条款解释与实践 …… 918
专题51:常设机构的判定与实践 …… 941
专题52:受益所有人的判定、税收征管与实践 …… 956
专题53:受控外国公司的所得税问题 …… 976
专题54:外国税收抵免税务问题 …… 988

第九篇 特别纳税调整与一般反避税

专题55:特别纳税调整 …… 1005
专题56:一般反避税规则 …… 1022

附 录

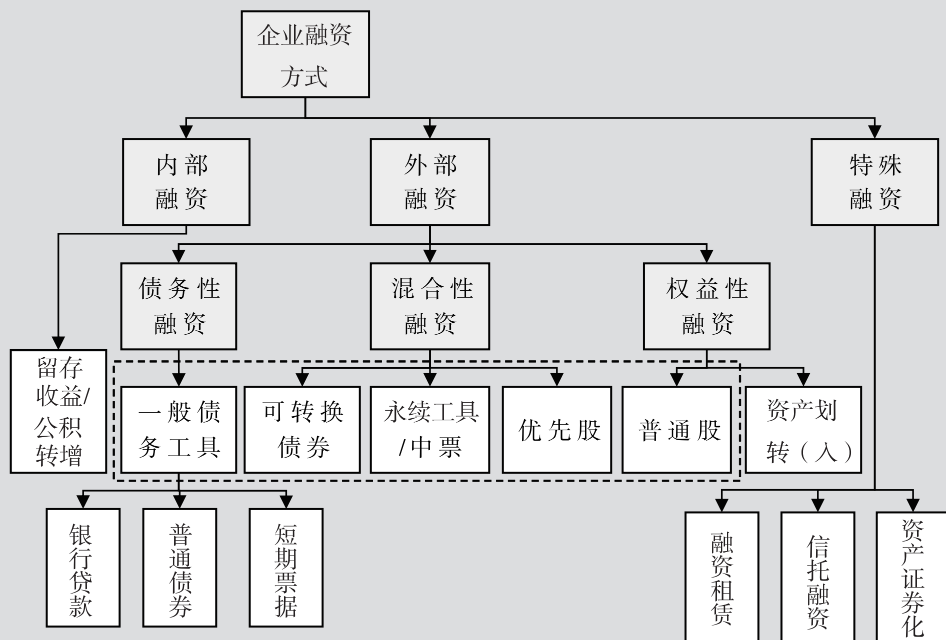
附录1:资本交易业务相关财税法规文件指引 …… 1031
附录2:参考文献 …… 1045

第一篇　投融资与资产划转（入）

本篇综述

企业起始于初始融资并设立运营，在其经营过程中，因扩大生产规模或并购扩张等需要，还可能涉及再融资。从筹措资金的来源分类，企业融资可分为内部融资和外部融资。内部融资实际上是企业内部筹集资金，主要来源于企业自有资本金，企业自身发展过程中所累积的盈余公积、未分配利润及计提折旧形成的现金等。外部融资是指企业从外部通过股东投入、贷款及发债等方式取得资金，满足企业资金需求的方式。从筹措资金的性质和方式分类，外部融资还可分为权益性融资、债务性融资、混合性融资。权益性融资是指企业通过出让部分所有（控制）权来换取外部投资者资金投入的一种融资方式，体现的是一种财产权益关系。特别的是，权益性融资还包括股东以“无偿”方式作为资本投入的资产划入或划转的交易。债务性融资主要是指企业在一定时期内向社会或金融机构借入所需资金，并承担按期还本付息的义务，体现的是一种债权债务关系，主要包括企业贷款、借款及发行债券等。混合性融资是指既带有权益性融资特征又带有债务性融资特征的一种特殊融资方式。常见的混合性融资工具通常是一些创新的金融工具，主要包括可转换公司债券、永续工具、认股权证和优先股等。

在本篇中，笔者将企业可供选择的融资方式总结为如下框图作为本篇总领之提纲：



注：虚框范围内的融资方式从左至右逐步体现了“债”和“股”的特性成分多寡。

本篇主要对资本交易中的投融资与资产划转（入）业务的税务处理问题进行介绍。主要内容如下：

1. 专题1~5属于权益性融资部分。主要介绍非货币性资产投资、不公允增资、留存收益及资本公积转增、有限公司整体变更（股改）以及资产划转（入）等权益性融资方式的税务问题；

2. 专题6~7属于债务性融资部分。主要介绍公司借款、关联借款、投资者投资未到位而发生的利息支付、向自然人借款利息费用、个人投资者借款未按期偿还视同股息分配、“统借统还”业务以及公司债券、可转换（交换）债券（亦可归类于混合性融资）业务的税务问题；

3. 专题8~9属于混合性融资部分。主要介绍优先股、永续债以及混合性投资业务的税务问题。

此外，有关融资租赁及售后回租、信托融资、资产证券化业务（包括银行理财、互联网金融工具、融资融券业务）等特殊金融工具，笔者将放在本书第七篇“创新金融工具”中各专题进行介绍。

专题 1：非货币性资产投资的税务问题

内容概览

在投资人对外投资中，以货币财产投资属于非应税事件，不会产生任何税负，存在税务问题的仅限于投资人以非货币性资产对外投资，这样的投资可能会涉及各种税负，包括企业（个人）所得税、增值税（营改增）、土地增值税、契税以及印花税等。本专题包含如下内容：

■ 非货币性资产投资的所得税问题

▶ 非货币性资产投资的所得税政策演变

▶ 非货币性资产投资的企业所得税实务——以财税［2014］116 号为中心

▶ 非货币性资产投资的个人所得税实务——以财税［2015］41 号为中心

▶ 美国非货币性资产投资（第 351 条交易）的所得税规则借鉴

■ 境外投资者以境内居民企业股权投资的所得税问题

■ 境外投资者以专有技术等无形资产投资的所得税问题

■ 非货币性资产投资的增值税（营改增）问题

■ 房地产投资的土地增值税问题

■ 房地产投资的契税问题

■ 非货币性资产投资的印花税问题

一、非货币性资产投资的所得税问题

（一）非货币性资产投资的所得税政策演变

1. 非货币性资产投资的企业所得税政策演变

2014 年 12 月 31 日，财政部、国家税务总局出台了《财政部 国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税政策问题的通知》（财税［2014］116 号，下称“116 号文”），对久未明确的非货币性资产投资企业所得税政策进行了明确。事实上，我国税法有关企业以非货币性资产投资的企业所得税政策经历了较为

复杂的演变，主要包括了四个发展阶段。参见下表 1－1：

表 1－1：非货币性资产投资的企业所得税政策演变

文件名称	政策规定	效力
《财政部、国家税务总局关于企业资产评估增值有关所得税处理问题的通知》（财税字［1997］77 号）	递延纳税阶段：纳税人以非现金的实物资产和无形资产对外投资，发生的资产评估净增值，不计入应纳税所得额。但在中途或到期转让、收回该项资产时，应将转让或收回该项投资所取得的收入与该实物资产和无形资产投出时原账面价值的差额计入应纳税所得额，依法缴纳企业所得税。	全文废止[①]
《国家税务总局关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》（国税发［2000］118 号）	当期确认、经批准分期纳税阶段：1. 企业以经营活动的部分非货币性资产对外投资，包括股份公司的法人股东以其经营活动的部分非货币性资产向股份公司配购股票，应在投资交易发生时，将其分解为按公允价值销售有关非货币性资产和投资两项经济业务进行所得税处理，并按法规计算确认资产转让所得或损失；2. 上述资产转让所得如数额较大，在一个纳税年度确认实现缴纳企业所得税确有困难的，报经税务机关批准，可作为递延所得，在投资交易发生当期及随后不超过 5 个纳税年度内平均摊转到各年度的应纳税所得中；3. 被投资企业接受的上述非货币性资产，可按经评估确认后的价值确定有关资产的成本。	全文失效[②]
《中华人民共和国企业所得税法》、《中华人民共和国企业所得税法实施条例》、《国家税务总局关于企业处置资产所得税处理问题的通知》（国税函［2008］828 号）	存在争议阶段[③]：《企业所得税法实施细则》第二十五条规定："企业发生非货币性资产交换，以及将货物、财产、劳务用于捐赠、偿债、赞助、集资、广告、样品、职工福利或者利润分配等用途的，应当视同销售货物、转让财产或者提供劳务，但国务院财政、税务主管部门另有规定的除外。" 《国家税务总局关于企业处置资产所得税处理问题的通知》（国税函［2008］828 号）第二条规定："企业将资产移送他人的下列情形，因资产所有权属已发生改变而不属于内部处置资产，应按规定视同销售确定收入。（一）用于市场推广或销售；（二）用于交际应酬；（三）用于职工奖励或福利；（四）用于股息分配；（五）用于对外捐赠；（六）其他改变资产所有权属的用途。"	有效

续　表

《财政部 国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税政策问题的通知》（财税［2014］116 号）、《财政部 国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税［2009］59 号）	当期确认、备案分期缴纳阶段：116 号文第一条规定：“居民企业（以下简称企业）以非货币性资产对外投资确认的非货币性资产转让所得，可在不超过 5 年期限内，分期均匀计入相应年度的应纳税所得额，按规定计算缴纳企业所得税。” 116 号文第六条规定：“企业发生非货币性资产投资，符合《财政部 国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税［2009］59 号）等文件规定的特殊性税务处理条件的，也可选择按特殊性税务处理规定执行。”	有效

注：①根据《财政部关于公布废止和失效的财政规章和规范性文件目录（第十一批）的决定》（财政部令 2011 年第 62 号），该文于 2011 年 2 月 21 日起废止。

②根据《国家税务总局关于公布全文失效废止部分条款失效废止的税收规范性文件目录的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 2 号），该文于 2011 年 1 月 4 日起失效。

③存在的争议是，《企业所得税法》第二十五条规定的仅仅是非货币性资产交换而不是非货币性资产投资，因为新设投资时被投资企业并不存在，不存在非货币性交换一说。

上述政策演变历程反映出我国税法对非货币性资产投资企业所得税的认识、态度和立场之变化：

（1）在《财政部、国家税务总局关于企业资产评估增值有关所得税处理问题的通知》（财税字［1997］77 号文下称“77 号文”）下，财政部和国税总局认为，纳税人以实物资产和无形资产对外投资，并没有因其实现的评估净增值而收到任何现金，依据纳税必要资金原则（或纳税能力原则），只有在其中途或到期转让、收回该项资产时才收到现金，才具备纳税能力并进而产生纳税义务。因为，纳税人投资的结果是收取了被投资企业的股权，保证了投资利益的持续。但是，77 号文并未明确债权、股权等非货币性资产对外出资的所得税处理问题，这显然跟 1993 年《公司法》等法律法规并未明确债权、股权可用于出资有关。同时，77 号文只是“笼统”地规定以实物资产和无形资产对外投资，发生的资产评估净增值，不计入应纳税所得额，并没有附加限定适用的要件（比如，股权支付比例及控制原则等）以保证纳税必要资金原则和投资人权益持续的实现；

（2）在《国家税务总局关于企业股权投资业务若干所得税的通知》（国税发［2000］118 号文下称“118 号文”）下，国税总局的立场和态度发生了巨大的转变。118 号文采用“交易分解”理论来处理非货币性投资的企业所得税问题，改变了 77 号文的处理方法，规定企业以非货币性资产对外投资，应在投资

交易发生时，将其分解为按公允价值销售有关非货币性资产和投资两项业务进行所得税处理，并按规定计算资产转让所得或损失。只不过在一个纳税年度确认实现缴纳企业所得税确有困难的，报经税务机关批准，可作为递延所得，在投资交易发生当期及随后不超过 5 个纳税年度内平均摊转到各年度的应纳税所得中。可以发现，这一规定与后续 116 号文的规定基本一致；

（3）在《企业所得税法》及其实施条例、国税函［2008］828 号文（下称“828 号文”）下，一种观点认为非货币性资产投资视为非货币性资产交换，应当期纳税；另一种观点则认为非货币性资产投资并不属于非货币性资产交换，因为至少被投资企业在新设成立时并不存在。但在当时的税务实践中，税务机关一般按照第一种观点处理；

（4）在 116 号文和财税［2009］59 号文（下称“59 号文”）下，财政部和国税总局将早期在上海自贸区试点的《财政部 国家税务总局关于中国（上海）自由贸易试验区内企业以非货币性资产对外投资等资产重组行为有关企业所得税政策问题的通知》（财税［2013］91 号，下称“91 号文”）推广到全国适用，遂出台了 116 号文。该文的政策实质是延续了 118 号文的基本精神，但不同的是直接给予 5 年平均分摊纳税的税收优惠待遇而不再需要经过税务机关审批同意。

2. 非货币性资产投资的个人所得税政策演变

2015 年 3 月 30 日，财政部和国家税务总局颁布了《财政部、国家税务总局关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知》（财税［2015］41 号下称“41 号文”），根据其前言解释，其目的在于“为进一步鼓励和引导民间个人投资”，“将在上海自由贸易试验区试点的个人非货币性资产投资分期缴税政策推广至全国”。41 号文对久未明确的非货币性资产投资的个人所得税政策进行了明确，与 116 号文属于适用于不同税种的“姊妹”政策。我国税法有关非货币性投资的个人所得税政策亦是演变复杂，笔者将其总结如下表 1－2：

表 1－2：非货币性资产投资的个人所得税政策演变

文件名称	政策规定	效力
《国家税务总局关于非货币性资产评估增值暂不征收个人所得税的批复》（税函［2005］319 号）	考虑到个人所得税的特点和目前个人所得税征收管理的实际情况，对个人将非货币性资产进行评估后投资于企业，其评估增值取得的所得在投资取得企业股权时，暂不征收个人所得税。在投资收回、转让或清算股权时如有所得，再按规定征收个人所得税，其“财产原值”为资产评估前的价值。	废止[①]

更多资料，欢迎访问 www.wenku120.com

续 表

《国家税务总局关于资产评估增值计征个人所得税问题的通知》（国税发［2008］115 号）	二、个人以评估增值的非货币性资产对外投资取得股权的，对个人取得相应股权价值高于该资产原值的部分，属于个人所得，按照“财产转让所得”项目计征个人所得税。税款由被投资企业在个人取得股权时代扣代缴。	总局发了又收，当时效力并不明确
《国家税务总局关于个人以股权参与上市公司定向增发征收个人所得税问题的批复》（国税函［2011］89 号）	根据《中华人民共和国个人所得税法》及其实施条例等规定，南京浦东建设发展有限公司自然人以其所持该公司股权评估增值后，参与苏宁环球股份有限公司定向增发股票，属于股权转让行为，其取得所得，应按照“财产转让所得”项目缴纳个人所得税。	有效
《国家税务总局关于切实加强高收入者个人所得税征管的通知》（国税发［2011］50 号）	二、不断完善高收入者主要所得项目的个人所得税征管 （一）加强财产转让所得征管 1. 完善自然人股东股权（份）转让所得征管。 …… （2）加强个人对外投资取得股权的税源管理，重点监管上市公司在上市前进行增资扩股、股权转让、引入战略投资者等行为的涉税事项，防止税款流失。	有效
《国务院关于印发中国（上海）自由贸易试验区总体方案的通知》（国发［2013］38 号）	（二）探索与试验区相配套的税收政策。 4. 实施促进投资的税收政策。注册在试验区内的企业或个人股东，因非货币性资产对外投资等资产重组行为而产生的资产评估增值部分，可在不超过 5 年期限内，分期缴纳所得税。	有效
《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告 2014 年第 67 号）	第三条 本办法所称股权转让是指个人将股权转让给其他个人或法人的行为，包括以下情形：（五）以股权对外投资或进行其他非货币性交易；	有效
《财政部国家税务总局关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知》（财税［2015］41 号）	一、个人以非货币性资产投资，属于个人转让非货币性资产和投资同时发生。对个人转让非货币性资产的所得，应按照“财产转让所得”项目，依法计算缴纳个人所得税。 三、个人应在发生上述应税行为的次月 15 日内向主管税务机关申报纳税。纳税人一次性缴税有困难的，可合理确定分期缴纳计划并报主管税务机关备案后，自发生上述应税行为之日起不超过 5 个公历年度内（含）分期缴纳个人所得税。	有效

注：①根据《国家税务总局关于公布全文失效废止、部分条款失效废止的税收规范性文件目录的公告》（国家税务总局公告2011年第2号）规定，该文于2011年1月4日全文废止。

上述政策演变历程反映出我国税法对非货币性资产投资个人所得税的认识、态度和立场之变化：

（1）税函［2005］319号之所以暂不征收个人所得税的原因很简单，即“现金流”问题，或者学术一点就是纳税必要资金原则或纳税能力原则的内在要求；

（2）国税发［2008］115号发布后又收回显示国税总局其实对于政策的转变也是犹豫不定，无疑如果个人没有现金如何缴税，而且该文规定：“税款由被投资企业在个人取得股权时代扣代缴”，但是被投资企业收到的是个人投入的非货币性资产，缴税却需要“真金白银”，强行要求被投资企业扣缴，恐怕也是“巧妇难为无米之炊”；

（3）针对“苏宁环球股份有限公司定向增发”案所作出的国税函［2011］89号对于以股权认购增发股份的个人股东而言无疑是“晴天霹雳”，当然从法律性质和原理来分析，南京浦东建设发展有限公司自然人股东以其所持该公司股权评估增值后，参与苏宁环球股份有限公司定向增发股票无疑属于股权转让行为，构成个人所得税法的“财产转让”，应属课税行为。该文无疑表明了国税总局对个人以非货币性资产投资（股权亦属非货币性资产）的征税思路。但还是老问题，个人获得的是上市公司定向增发的股份，如何缴税？从实践来看，该文对上市公司重大资产重组行为起到的是“阻碍”作用而不是“鼓励”作用；

（4）国发［2013］38号的出台秉承了个人以非货币性资产投资属于应税行为的精神，但同时考虑了纳税的“现金流”问题，给予5年的分期缴纳的优惠政策。其实，前述的116号文就是将企业投资的政策推广到全国，目前的41号文只不过将个人的政策推广到全国而已；

（5）国家税务总局公告2014年第67号（下称“67号公告”）对个人“以股权对外投资或进行其他非货币性交易”明确为股权转让，对于其他非货币性交易可以理解为个人以股权换取了交易对方的非货币性资产（比如，对方持有的控股企业的股权或者其他非股权的非货币性资产），但这仅仅规定了股权投资或进行非货币性交易的情形，并不属于普适政策；

（6）《财政部国家税务总局关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知》（财税［2015］41号，下称41号文）将国发［2013］38号的精神和政策推广到全国普遍适用，与116号文的政策保持一致。

更多资料，欢迎访问 www.wenku120.com

（二）非货币性资产投资的企业所得税实务——以财税［2014］116号为中心

1. 非货币性资产投资递延纳税的适用范围

116号文第一条规定：“居民企业（以下简称企业）以非货币性资产对外投资确认的非货币性资产转让所得，可在不超过5年期限内，分期均匀计入相应年度的应纳税所得额，按规定计算缴纳企业所得税。”该条实质是对政策主体的适用范围和政策内容本身进行了规定。如何理解，需要把握如下几个要点：

（1）投资和被投资双方皆为居民企业

根据116号文第一条规定，只有居民企业以非货币性资产对外投资确认的非货币性资产转让所得可以选择适用税收优惠政策。需注意的是，根据116号文第五条第二款的规定：“本通知所称非货币性资产投资，限于以非货币性资产出资设立新的居民企业，或将非货币性资产注入现存的居民企业。”因此，116号文的政策仅适用于投资和被投资双方皆为居民企业的情形。如果居民企业以非货币性资产对非居民企业投资，且不属于59号文第七条第（三）项规定的“居民企业以其拥有的资产或股权向其100%直接控股的非居民企业进行投资”情形的，则应根据《国家税务总局关于企业取得财产转让等所得企业所得税处理问题的公告》（国家税务总局公告2010年第19号，下称“19号公告”）的规定执行，财产转让收入应一次性计入确认收入的年度计算缴纳企业所得税。如果非居民企业以非货币性资产对居民企业投资，亦不适用116号文的规定（如何适用，详见后文）。

（2）非货币性资产投资行为的界定

根据116号文第五条的规定，“非货币性资产，是指现金、银行存款、应收账款、应收票据以及准备持有至到期的债券投资等货币性资产以外的资产”。同时，“非货币性资产投资，限于以非货币性资产出资设立新的居民企业，或将非货币性资产注入现存的居民企业”。比较可以发现，这正是116号文和91号文之间的最大差异。

【疑难问题1－1】如何理解和适用91号文和116号文有关“以非货币性资产投资”的规定？

一、91号文第八条第二款规定的解析

91号文第八条第二款规定：“本通知所称非货币性资产对外投资等资产重组行为，是指以非货币性资产出资设立或注入公司，限于以非货币性资产出资设立新公司和符合《财政部 国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干

问题的通知》（财税［2009］59号）第一条规定的股权收购、资产收购。”该款规定实质是对91号文的适用范围进行界定。可以看出，适用该文的资产重组行为分为如下两大类别：一是以非货币性资产出资设立公司，即以非货币性资产出资新设公司，这属于新设投资行为，应无争议；二是以非货币性资产注入公司，即符合59号文第一条规定的股权收购、资产收购重组交易。按照59号文第一条规定，股权收购，是指收购企业购买被收购企业的股权，以实现对被收购企业控制的交易。资产收购，是指受让企业购买转让企业实质经营性资产[①]的交易。实质相当于，收购企业或受让企业增发自身股权（份）作为对价收购被收购企业或转让企业的非货币性资产。具体分析如下：

1. 对于“出资设立”，实质就是以非货币性资产投资。与“注入公司”不同的是，新设投资时并不要求该等非货币性资产必须是59号文和《国家税务总局关于发布〈企业重组业务企业所得税管理办法〉的公告》（国家税务总局公告2010年第4号，下称“4号公告”）所要求的“实质经营性资产”。如果以股权投资的，也并不要求投资后被投资公司对股权所属企业实施控制；

2. 对于“注入公司”，只要满足59号文第一条所定义的股权收购、资产收购即可，并不必然需要满足特殊性税务处理的条件。因为从91号文第三、四条的规定来看，显然该等资产重组交易仍然可能是应税资产重组交易，只不过对于投资者而言，可以选择适用“在不超过5年期限内，分期均匀计入相应年度的应纳税所得额，按规定计算缴纳企业所得税”。所以，是否满足特殊性税务处理的条件并非必要条件，即只需要满足59号文定义的股权收购、资产收购即可。从《公司法》视角来看，“注入公司”站在投资的角度其实质是对已存续公司的增资。从59号文视角来看，相当于被投资企业增发自身股权或股份为对价收购了投资者的资产。但是，需要满足如下两个条件：（1）如果属于资产收购交易，被“注入”的资产或被收购的资产必须是59号文和4号公告所规定的“实质经营性资产”；如果属于股权收购交易，被“注入”的股权资产或被收购的股权资产还必须使得投资后，被投资企业实施对被收购企业的控制；（2）被投资企业支付的对价必须是自身的股权（份），而不得是其他非股权支付对价，也不得是被投资企业持有的控股企业的股权（份），因为采用这样的对价就不属于投资人对被投资企业的“投资”行为了。

---

① 笔者注：4号公告第五条规定：“《通知》第一条第（四）项所称实质经营性资产，是指企业用于从事生产经营活动、与产生经营收入直接相关的资产，包括经营所用各类资产、企业拥有的商业信息和技术、经营活动产生的应收款项、投资资产等。”

更多资料，欢迎访问 www.wenku1230.com

笔者认为，新设投资和增资并没有本质区别，就因为59号文所规定的一个“实质经营性资产”就可能导致两者面临不同的税务后果，实在是让笔者感到很不理解。譬如，自贸区内的一家企业用其未用于从事生产经营活动的闲置房产对外投资成立新企业，可以适用91号文的规定。但是，如果是将该房产投资注入到现存企业，由于该房产并不属于实质经营性资产，不符合59号文有关资产收购的定义，则该交易就不能享受91号文的税收优惠政策。为什么会出现这样的情况呢？笔者认为，原因在于91号文“生搬硬套”59号文定义时并没有考虑到这个问题。实质上，在以股权出资的交易中，也存在问题。譬如，自贸区内的一家企业用其持有的控股企业的股权对另一家企业增资，如果该企业用于增资的控股企业的股权在控股企业的比例并未达到50%及以上的话，则将因被投资企业不能实施对该控股企业的控制而不符合59号文股权收购的定义，从而投资人不能享受91号文的税收优惠政策，也不能享受59号文的特殊性税务处理的待遇。

二、116号文第五条第二款规定的解析

116号文第五条第二款规定：“本通知所称非货币性资产投资，限于以非货币性资产出资设立新的居民企业，或将非货币性资产注入现存的居民企业。”该规定意味着，116号文对91号文的规定进行了“修正”。即，居民企业既可以以非货币性资产投资新设公司，也可以投资现存的居民企业。但91号文则只适用于符合59号文定义的股权收购和资产收购时，对现存的居民企业的投资才可享受税收优惠政策。在新设投资方面，两者并无区别。

2. 非货币性资产投资递延纳税的税务处理

116号文对居民企业以非货币性资产对外投资的税务处理进行了明确。主要包括如下几点：

（1）确认非货币性资产转让收入的时点

116号文第二条第二款规定：“企业以非货币性资产对外投资，应于投资协议生效并办理股权登记手续时，确认非货币性资产转让收入的实现。”91号文第二条第一款规定：“企业以非货币性资产对外投资，应于投资协议生效且完成资产实际交割并办理股权登记手续时，确认非货币性资产转让收入的实现。”从两个文件规定来看，存在一个细微的区别就是，91号文规定了“完成资产实际交割”。那么，这是否意味着116号文进行了放宽呢？笔者认为，这是116号文顺应2014年《公司法》认缴制度以及投资实践的必然。因为，在实务中，非货币性资产的实际交割很可能在新设公司成立之后或在股东办理股权登记手续之后

才进行，以办理股权登记手续为时点更有利于转让收入的及时确认，因为这个时候投资人已经取得了股权对价，应当确认收入。为什么 91 号文会有此规定呢？笔者认为可能的原因是其出台时《公司法》还未修订实施，依据 2005 年《公司法》的规定，以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。因此，在旧法下，必须先进行资产实际交割之后才能新设公司或变更股权登记，但这种情况在 2014 年《公司法》下发生了变化，即投资人可以在公司设立或股权变更登记之后再安排非货币性资产的交割到位。

【疑难问题 1－2】如何理解和适用“可在不超过 5 年期限内，分期均匀计入相应年度的应纳税所得额”中的“5 年期限”？

在实务中，以非货币性资产投资在投资协议生效并办理股权登记手续时（交易完成日）确认收入，但该时点并非都在年初或年末，一般都在一个年度的中间。譬如，交易完成日在 2015 年 4 月 1 日时，是将截至 2015 年 12 月 31 日视为第 1 年，以及 2016、2017、2018 和 2019 年这 4 年作为 5 年分摊期间？或是，按照一个完整的自然年度进行计算分摊，即 2015 年 4 月 1 日至 2016 年 4 月 1 日作为第 1 年，以后年度以此类推呢？笔者认为，其实不光是 91 号文、116 号文存在这个模糊的问题，59 号文也存在类似的问题。譬如，59 号文第八条规定：“本通知第七条第（三）项所指的居民企业以其拥有的资产或股权向其 100% 直接控股关系的非居民企业进行投资，其资产或股权转让收益如选择特殊性税务处理，可以在 10 个纳税年度内均匀计入各年度应纳税所得额。”笔者的观点是，应当按照整体 60 个月分摊计算。即，在当年按照剩余月份数计算，最后 1 年按照 60 个月到期的剩余月份数计算。即，“当年＋后续 5 年”的模式。

（2）非货币性资产转让收入的确定

116 号文第二条第一款规定：“企业以非货币性资产对外投资，应对非货币性资产进行评估并按评估后的公允价值扣除计税基础后的余额，计算确认非货币性资产转让所得。”该规定与确认所得的一般税法原理是一样的，即非货币性资产转让所得等于该等资产的公允价值减去其计税基础的余额确定。在实践中，非货币性资产的公允价值一般依据其评估价值为基准来确定。

（3）投资人和被投资企业计税基础的确定

116 号文第三条规定：“企业以非货币性资产对外投资而取得被投资企业的股权，应以非货币性资产的原计税成本为计税基础，加上每年确认的非货币性资产转让所得，逐年进行调整。被投资企业取得非货币性资产的计税基础，应按非货币性资产的公允价值确定。”从前述规定可以看出，最初投资时，投资企

业取得的被投资企业股权的计税基础应以非货币性资产的原计税基础确定，并每年按照确认的所得的 5 年分摊额度调增其计税基础。同时，还规定被投资企业取得非货币性资产的计税基础，可以非货币性资产的公允价值确定。这意味着，在投资企业股权的计税基础并未完全调整到位的情形下，被投资企业已经视为该等资产内含的增值已经完全实现确认并据以计提折旧。

（4）投资人提前收回投资或被投资企业注销时的税务处理

116 号文第四条规定："企业在对外投资 5 年内转让上述股权或投资收回的，应停止执行递延纳税政策，并就递延期内尚未确认的非货币性资产转让所得，在转让股权或投资收回当年的企业所得税年度汇算清缴时，一次性计算缴纳企业所得税；企业在计算股权转让所得时，可按本通知第三条第一款规定将股权的计税基础一次调整到位。企业在对外投资 5 年内注销的，应停止执行递延纳税政策，并就递延期内尚未确认的非货币性资产转让所得，在注销当年的企业所得税年度汇算清缴时，一次性计算缴纳企业所得税。"因此，如果投资人在 5 年期间内提前转让股权或收回投资的，应当一次性地将递延期内尚未计入的非货币性资产转让所得，在转让股权或投资收回当年的企业所得税年度汇算清缴时，一次性计算缴纳企业所得税。如果被投资企业注销的，应将递延期内尚未计入的非货币性资产转让所得，在歇业当年的企业所得税年度汇算清缴时，一次性计算缴纳企业所得税。让我们以下例来进行说明：

【例 1－1】以非货币性资产对外投资的递延纳税税务处理

假定，A 公司是一家依据中国法律注册的有限公司。2015 年 1 月 1 日，A 公司计划将持有的 B 有限公司 80% 股权作价对居民企业 C 有限公司出资。A 公司对 B 公司 80% 股权的计税基础为 800 万元，评估价为 1400 万元。双方于 2015 年 2 月 1 日办理完毕工商变更登记手续。

问题：在该交易中，A 公司、C 公司如何进行税务处理？

【解析】1. 根据 116 号文的规定，该交易属于"注入现存的居民企业"的情形，且符合 59 号文所规定的股权收购重组的定义。即，C 公司作为收购方，A 公司作为出让方，目标公司为 B 公司。在收购完成后，C 公司取得对 B 公司的控制权（持股比例为 80%）。因此，A 公司和 C 公司还可以选择适用 116 号文。

2. 假定，A 公司和 C 公司选择适用 116 号文。则：

（1）A 公司在 2015 年 2 月 1 日的会计处理如下：

借：长期股权投资——C　　　　　　1400

贷：长期股权投资——B　　　　　　800

投资收益　　　　　　　　　600

（2）税务处理：A 转让持有的 80% B 公司股权的所得 = 1400 - 800 = 600（万元），该所得可以分 5 年平均确认，即每年确认 120 万元计入应纳税所得额。A 公司有关应税所得及股权计税基础如下表（单位：万元）：

	2015 年	2016 年	2017 年	2018 年	2019 年	2020 年
应税所得	110（120×11/12）	120	120	120	120	10（120×1/12）
计税基础	910	1030	1150	1270	1390	1400

同时，C 公司于 2015 年 2 月 1 日取得的 B 公司股权计税基础可以为 1,400 万元，并据以计提折旧。

3. 假定，A 公司在 2017 年 6 月 30 日将持有的 C 公司股权转让给他人，则应在 2018 年对 2017 年度汇算清缴时，将 2016 年度之后的未确认的非货币性资产转让所得 370 万元（600 - 110 - 120）一次性确认，同时将 A 公司持有的 C 公司股权计税基础一次性调整到 1400 万元（1030 + 370）。假定，A 公司股权转让价格为 1600 万元，则 A 公司的股权转让所得 = 1600 - 1400 = 200（万元），所以，A 公司在 2017 年度汇算清缴所得为 570 万元（370 + 200），加上 2015、2016 年度确认的所得共计确认所得为 800 万元（110 + 120 + 570），正好等于股权的公允价值 1600 万元与其最初的计税基础 800 万元之间的差额；假定，A 公司在 2017 年 6 月 30 日注销，则 A 公司应停止执行递延纳税政策，并将递延期内尚未计入的非货币性资产转让所得 370 万元，在歇业当年即 2017 年度汇算清缴时，一次性计算缴纳企业所得税，加上 2015、2016 年度已确认的所得共计 600 万元。

3. 116 号文与 59 号文竞合适用的问题

如前所述，当投资人将非货币性资产“注入现存的居民企业”或“注入公司”时，116 号文第六条规定：“企业发生非货币性资产投资，符合《财政部 国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税［2009］59 号）等文件规定的特殊性税务处理条件的，也可选择按特殊性税务处理规定执行。”可能导致 116 号文与 59 号文选择适用的“竞合”。让我们以下例来说明：

【例 1-2】116 号文与 59 号文竞合时的选择——116 号文更优惠的情形

假定，A 公司是一家有限责任公司。A 公司持有 45% B 公司股权，该股权公允价值为 2000 万元（计税基础 1000 万元）。2015 年 6 月 30 日，A 公司计划以其持有的 45% B 公司股权对 C 公司增资。在增资时，C 公司注册资本为 1000

万，净资产2000万，D公司是其唯一股东。C公司增发价值2000万元的股权作为对价。

【解析】在该交易中，C公司是收购方，目标公司是B公司，出让方是A公司。根据59号文和《财政部国家税务总局关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知》（财税［2014］109号）的规定，该交易中的股权支付比例为100%，但不满足“收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的50%”的要求，只能适用一般性税务处理。所以，A公司应在当期确认所得=2000－1000=1000（万元）。但如果经A公司和C公司协商后选择适用116号文的话，则：

A公司可以将该2000万元的所得在5年内平均分摊计算。同时，C公司取得的B公司的股权的计税基础可以按照2000万元确定。

从【例1－2】可以得出，在某些情形下，选择适用116号文比59号文更优惠，特别是交易不能满足59号文特殊性税务处理时更是如此。但是，资产重组的当事方并非所有情形下都会选择116号文。让我们再来看下例：

【例1－3】116号文与59号文竞合时的选择——59号文更优惠的情形

基础资料同【例1－2】，除了A公司持有60%B公司股权之外。

【解析】1. 该交易符合59号文所定义的股权收购重组，该交易中的股权支付比例为100%，被收购的目标公司股权比例为60%，大于50%，如果其他条件也满足的话，可以选择适用特殊性税务处理。则：A公司不确认任何的所得。同时，A公司取得的C公司股权的计税基础以其持有的B公司股权的原计税基础确定，即1000万元。C公司取得的B公司股权的计税基础以其原计税基础确定，即1000万元。

2. 如果重组当事方选择适用116号文的话，则：A公司实现所得1000万元，需要在5年内平均计入应纳税所得额，即每年确认200万元，其取得的C公司股权的计税基础逐年调增。C公司取得的B公司股权的计税基础可以B公司股权的公允价值确定，即2000万元。

3. 比较发现，在这时如何选择适用就成为重组各方“博弈”的问题了。选择适用59号文特殊性税务处理时，对于出让方A公司而言，适用59号文更优惠，但是对于收购方C公司而言，其取得的B公司股权的计税基础为原计税基础1000万元，并不能按照公允价值2000万元确定，如果C公司未来有计划出售该等股权的话，将导致多确认1000万元的所得，显然对于C公司是不利的。这又回到了对59号文涉嫌重复征税的争议问题中了。我们讲，59号文本身的规则并没有错，由于我国企业所得税中对于清算环节企业股东取得的相当于被投

资企业累计未分配利润和累计盈余公积中按该股东所占股份比例计算的部分，应确认为股息所得享受免税待遇。因此，C 公司股权转让环节就评估增值所多确认的所得会在股权受让方在 C 公司清算环节确认损失。所以，从整体上看，国家并没有重复征税，但是导致的结果是在不同的主体之间的税负发生了变化。所以，如何选择应当交由重组当事方综合平衡后确定。

在实务中，还可能出现一种情况就是，被投资企业支付的对价并不完全属于其自身股权（份），还包含现金等其他对价时，投资企业是否就该等非股权支付对价当期确认所得的问题。在这种情形下，就不仅仅是单纯的“增资”了，从这个意义上讲“注入资产”的涵义更广。这个时候非股权支付部分无论是否满足 59 号文的特殊性税务处理条件，都应当在当期确认所得。

【疑难问题 1－3】 以不动产等整体资产注入现存企业，换取股权和部分现金时，如何适用 116 号文和 59 号文？

假定，投资人 A 公司以其持有的一项房地产作为投资注入 B 公司中，该项不动产评估作价 1000 万元（计税基础 600 万元）。基于 B 公司现有股东不希望在 B 公司的股权被稀释过大，并且 A 公司也在保持一定持股比例的前提下可以获取一部分现金的考虑，经 A 公司与 B 公司现有股东谈判协商一致，B 公司增发价值 800 万元的股份和 200 万元的现金作为对价换取该项房地产。在实务中，需要注意如下几个方面的问题：

首先，从《公司法》的规定来看，需要 A 公司与 B 公司现有股东之间签署一份增资协议并修订 B 公司章程，明确约定房地产作价 800 万元，获得多少股权比例，以满足 B 公司增资的法律文件的需要；

其次，A 公司与 B 公司之间同时签署一份财产转让价款支付协议，约定 B 公司就房地产转移至 B 公司支付现金对价 200 万元。

最后，我们来看看所得税上面如何进行处理。假定，该项房地产不满足 59 号文规定的实质经营性资产的要求，或者不满足目标资产 50% 比例的要求，则该交易不能适用 59 号文的特殊性税务处理的要求。此时，只能从 116 号文的角度来进行处理。在 116 号文下，存在的适用疑难在于，该项房地产是不可分割的一个整体资产，A 公司转让房地产取得的对价为价值 800 万元的 B 股权和 200 万元的现金，那么，对于 200 万元的现金部分需要在交易当期应税，这并无争议。但对于股权对价 800 万元的部分是否可以适用 5 年的优惠政策呢？从 116 号文的规定来看，其适用于非货币性资产投资的情形，即是说取得的对价似乎仅仅只能是股权对价时才适用。笔者认为，116 号文应可适用于此种情形，对于

800 万元的转让所得部分可以分 5 年平均分摊纳税。显然，这需要与主管税务机关进行及时的沟通。国家税务总局亦应明确此事项的适用。

（三）非货币性资产投资的个人所得税实务——以财税［2015］41 号为中心

1. 41 号文的适用范围

41 号文第五条规定："本通知所称非货币性资产，是指现金、银行存款等货币性资产以外的资产，包括股权、不动产、技术发明成果以及其他形式的非货币性资产。本通知所称非货币性资产投资，包括以非货币性资产出资设立新的企业，以及以非货币性资产出资参与企业增资扩股、定向增发股票、股权置换、重组改制等投资行为。"笔者将 41 号文第五条第二款规定的非货币性资产投资的情形总结如下表 1－3 所示。

表 1－3：41 号文非货币性资产投资的个人所得税政策适用情形

序号	情形	解释与说明
1	非货币性资产新设企业	该情形实质属于个人用非货币性资产进行新设投资的行为
2	非货币性资产参与企业增资扩股	该情形实际是指实践中，个人用非货币性资产参与有限责任公司或者非上市股份有限公司的增资行为。即被投资企业增发股权（份）换取个人拥有的非货币性资产
3	非货币性资产参与定向增发股票	该情形本质上与第 2 种情形没有区别，唯一的区别在于，它通常指实践中，上市公司非公开发行股票（定向增发股票）换取投资人拥有的非货币性资产，实质也是增资行为
4	非货币性资产参与股权置换	顾名思义，股权置换就是以非货币性资产换股权。譬如，个人股东以其持有的股权（份）向企业投资换取了企业的股权（份），或者上市公司定向增发换取个人持有的股权（份），实质可以理解为个人的投资行为，也可以理解为企业的增资行为，甚至也可以理解为企业的收购行为。譬如，上市公司重大资产重组中的发行股份购买（股权）资产
5	非货币性资产参与重组改制	遗憾的是，41 号文并没有对此处的"重组改制"进行明确的界定

从上表可以看出，41 号文的非货币性资产投资属于广义的投资概念、且情形多有交叉有重合。尽管有上述规定，但实践中依然存在一些适用疑难问题。

【疑难问题 1－4】如何理解和适用 41 号文"非货币性资产参与重组改制"中的"重组改制"？

在实践中，按照对“重组改制”的通常理解，其可为“重组”和/或“改制”。笔者具体分析如下：

1. 对于“重组”，如果参照59号文的规定来理解，则“重组”属于一个宽泛的定义，包括股权收购、资产收购、合并、分立、债务重组以及法律形式改变。如果如此，则个人使用非货币性资产参与前述重组交易的话，似乎应适用41号文予以当期确认，纳税人一次性缴税有困难的，可合理确定分期缴纳计划并报主管税务机关备案后，自发生应税行为之日起不超过5个公历年度内（含）分期缴纳个人所得税。但得出这样的结论似乎过于简单和草率了。笔者分别就各种情形分析如下：

（1）对于企业合并，从其重组当事方以及交易架构来看，企业合并可以视为合并企业支付合并对价整体收购了被合并企业的净资产（收购被合并企业的资产，并同时承担其负债），合并交易的直接当事方为合并企业和被合并企业，被合并企业的股东仅仅属于间接当事方，它仅仅是在被合并企业解散注销中回购其自身股份时分配接收的合并企业支付的合并对价给其股东，如果合并对价中包含合并企业增发的股权（份）时，表面的结果就像被合并企业的股东接收了合并企业的股权（份），从此意义上讲，可以视为被合并企业股东以其间接拥有的被合并企业净资产的份额对合并企业增资。笔者认为，从法律形式上看，企业合并并非被合并企业对合并企业的非货币性资产的一个投资行为，而仅仅是在合并交易中间接接收了合并企业支付的合并对价。因此，在企业合并中，被合并企业的股东间接拥有的被合并企业的非货币性资产换取的合并企业的股权（份）不能直接适用41号文的税收优惠政策；

（2）对于企业分立，从其重组当事方以及交易架构来看，企业分立可以视为（a）被分立企业以欲分离的净资产对外投资设立分立企业并换取分立企业的股权（份），在减（撤）资或解散注销中，被分立企业将持有的分立企业的股（份）分配给其股东的交易中，回购了其股东持有的被分立企业股权（份）；或者（b）被分立企业将欲分离的净资产在其减（撤）资或解散注销中分配给其股东，回购了其股东持有的被分立企业股权（份），该等股东以接收的净资产投资设立分立企业。可以发现，不论采取何种交易分解路径来构筑企业分立，实质在于，被分立企业减（撤）资或者解散注销分配及股东交回其持有的被分立企业的股权（份）时，其个人所得税的纳税义务就已产生。此时，并不属于个人股东的非货币性资产投资行为，即使采用第二种交易分解的路径，个人股东以分配接收的非货币性资产投资设立分立企业时，此时的投资行为并不产生非

货币性资产转让所得，不会产生纳税义务，因为纳税义务已经在前一分配环节时即已发生。故，企业分立不能直接适用41号文的税收优惠政策。为便于理解，以下例来进行说明：

譬如，甲公司（注册资本1000万）在存续分立中，分离账面价值1200万［现金200万，非货币性资产1000万（评估价1200万）］资产设立乙公司，甲公司的股东由A和B两个个人组成，分别持股60%和40%（股权原值为600万和400万）。分立之后，A和B在乙公司中持股比例不变。在分立中，A和B是否应确认200万元（1200－1000）的非货币性资产转让所得，并分5年分期缴纳呢？笔者认为，并非如此。因为该200万是被分立企业应确认的企业所得税应纳税所得额，而A和B应确认的是在甲公司的股权回购交易中实现的所得400万元（1400－1000）。

（3）对于股权收购和资产收购，如果收购人以增发股权（份）作为对价进行收购时，标的非货币性资产的持有人属于个人时，则可以适用41号文的税收优惠政策。因为此时，实质是个人以标的非货币性资产对收购人增资，与“增资扩股”或者“定向增发”是一样的；

（4）对于债务重组，如果个人以对企业的债权资产进行“债转股”的话，则可以视为个人以非货币性的债权资产对企业进行增资，显然可以适用41号文。除此以外的其他债务重组皆不能适用41号文；

（5）对于法律形式改变，按照通常理解，这属于“改制”的范畴，笔者将它放在“改制”中来讨论。

2. 对于“改制”，按照通常理解，“改制”是指非公司制企业改建为公司、有限责任公司整体变更为股份有限公司。核心的问题在于，这些改建或整体变更是否可以视为原个人股东以非货币性资产投资？譬如，有限责任公司整体变更为股份有限公司时，以账面净资产价值6000万元［实收资本1000万元，资本公积（资本溢价）500万元，留存收益4500万元］折股为3000万元［计入股本3000万元，剩余3000万元计入资本公积（股本溢价）］。此时，对于个人股东而言，相当于以资本公积（资本溢价）500万元和留存收益1500万元合计转增股本2000万元，剩余的3000万元留存收益计入资本公积（股本溢价）。由于实践中，对股改是否征收个人所得税并未形成统一的意见，即使采用交易分解理论来处理，视为对个人股东的股息分配后再投资来处理，显然，留存收益分配仅仅是一个会计损益上的概念而并不一一对应非货币性资产分配，或者说应将留存收益的全部或多大比例部分视为非货币性资产对待？而且，从公司法

原理以及实践来看，我们通常将“股改”视为公司组织形式的转变，采用变更登记手续，而并不视为一个新设投资行为。因此，笔者认为，此时的改制并不能适用41号文的非货币性资产税收优惠政策。

【疑难问题1－5】如何理解和适用41号文“非货币性资产参与股权置换”中的“股权置换”？

按照字面理解，如果置换方置出的股权采用自身增发股权（份）的，则对于置入非货币性资产的个人持有人而言，符合41号文规定的非货币性资产投资，可以适用。但如果，置换方使用的是控股企业的股权进行置换，而不是自身股权时，则并不属于41号文规定的非货币性资产投资行为，因为置出股权资产属于控股企业的存量股权资产，此时，对于置入非货币性资产的个人持有人而言，相当于其取得的是控股企业的存量股权而不是增发股权，不属于投资行为，而应理解为置换方对控股企业股权的转让或者股权并购行为。

2. 个人以非货币性资产投资的税法性质界定

41号文第一条规定：“个人以非货币性资产投资，属于个人转让非货币性资产和投资同时发生。对个人转让非货币性资产的所得，应按照‘财产转让所得’项目，依法计算缴纳个人所得税。”显然，本条是对个人以非货币性资产投资性质的税法性质界定。即采用交易分解理论将个人以非货币性资产投资分解为个人转让非货币性资产给被投资企业并取得现金对价，再以现金对被投资企业投资。该条明确了个人以非货币性资产投资视为转让非货币性资产，应按“财产转让所得”项目，依法计算缴纳个人所得税。

3. 非货币性资产转让收入确认的时点

41号文第二条第二款规定：“个人以非货币性资产投资，应于非货币性资产转让、取得被投资企业股权时，确认非货币性资产转让收入的实现。”但令笔者困惑的是，该规定与前述116号文关于企业非货币性资产投资转让收入实现时点的规定并不一致——“企业以非货币性资产对外投资，应于投资协议生效并办理股权登记手续时，确认非货币性资产转让收入的实现。”我们可以发现，116号文的规定是清晰的，即居民企业股东在办理股权登记手续时，取得转让非货币性资产的对价（股权），此时确认非货币性资产转让收入的实现，116号文在处理这个问题时采用了公司登记机关“登记主义”原则。但是，41号文规定“应于非货币性资产转让、取得被投资企业股权时，确认非货币性资产转让收入的实现”，为什么说此规定令人困惑呢？因为，从公司法原理和实践来看，股东投资取得股东资格（身份）并拥有股权并非一定与公司登记机关股权登记保持

一致，因为如果股东已经记载于公司股东名册并实际参与公司经营管理活动，并实际行使股东权利的，即使公司尚未办理股权登记手续时，从公司法实践来看，依然会认定股东取得股东资格并享有股权，41 号文这样的规定是否意味着在公司登记机关办理股权登记手续之前就会发生收入确认呢？笔者不得而知。也许是 41 号文的制定者并没有关注 116 号文制定者的用语描述，或者是他们认为这个描述的本意就是指公司登记机关办理股权登记手续时即为“取得被投资企业股权时”。这是第一个问题，还存在的另外一个问题是“非货币性资产转让、”这是否意味着个人股东还需要同时办理非货币性资产的转移手续（对动产属于移交，对需要登记的不动产等需要办理财产权的转移手续）呢？这在《公司法》上有明确的规定。但问题发生了，譬如，某人以房地产对企业投资时，可能被投资企业已经办理了股权登记手续，但房地产却并未办理财产权转移手续到被投资企业，此时是否意味着收入不需要确认呢？因为从字面描述看采用了并列方式（使用了“、”号），即是说需要同时满足。实务中，还有另外一种情形也可能导致这种情形出现，因为 2014 年《公司法》实行了注册资本认缴制度，如果公司章程约定的出资安排是在公司设立之后某个期限内（比如 3 个月内），个人将房地产缴付到企业中，或者由于办理登记手续受阻，以及还可能未按约定缴付出资等。笔者认为，“非货币性资产转让、”的本意还是非货币性资产转让协议或投资协议生效时。因此，41 号文应采用与 116 号文同样的表述来明确非货币性资产转让收入确认的时点，即采用“投资协议生效并办理股权登记手续时”，以避免实践争议。

4. 纳税申报和分期缴纳

41 号文第三条规定：“个人应在发生上述应税行为的次月 15 日内向主管税务机关申报纳税。纳税人一次性缴税有困难的，可合理确定分期缴纳计划并报主管税务机关备案后，自发生上述应税行为之日起不超过 5 个公历年度内（含）分期缴纳个人所得税。”本条明确了给予 5 年分期缴纳税收优惠政策。但需要注意如下两点：一是，“上述应税行为”发生的月份应与收入确认的月份保持一致；二是，“5 个公历年度内（含）”意味着“上述应税行为”所在的公历年度也应计算在内。即所谓的“1 + 4”年度。这与 116 号文采用的“可在不超过 5 年期限内”的描述并不一致，因为后者并没有采用“公历年度”的限定。

5. 现金补价问题

41 号文第四条规定：“个人以非货币性资产投资交易过程中取得现金补价的，现金部分应优先用于缴税；现金不足以缴纳的部分，可分期缴纳。个人在

分期缴税期间转让其持有的上述全部或部分股权，并取得现金收入的，该现金收入应优先用于缴纳尚未缴清的税款。”对于个人以非货币性资产新设投资、增资扩股时，不会产生现金补价，因为被投资企业支付的对价仅仅是其增发的股权（份）。但在股权置换和改制重组时，我们发现可能会出现现金补价。譬如下例：

【例1－4】股权置换和重组中的现金补价

假定，甲公司（上市公司）计划实施重大资产重组，它计划收购目标公司乙公司，乙公司由10名自然人股东持有。在股权收购基准日，乙公司价值10000万，甲公司最初计划采取发行股份购买资产（股权）的方式进行，但乙公司自然人股东并不接受，他们希望获得一部分的现金回报并应付可能的个人所得税负。最终，甲公司采取增发价值9000万的股份加1000万的现金对价进行。

假定，A个人依据股权比例计算应收取的现金对价为10万，但其个税计算下来为20万（忽略数据的准确性），则该10万应优先用于缴税，剩余的10万可以申请分期缴纳。如果在取得股份后1年后（锁定期为12个月），A转让了股份获取了现金，则现金应优先用于缴纳尚未缴清的税款。

6. 过渡期政策

41号文第六条规定：“本通知规定的分期缴税政策自2015年4月1日起施行。对2015年4月1日之前发生的个人非货币性资产投资，尚未进行税收处理且自发生上述应税行为之日起期限未超过5年的，可在剩余的期限内分期缴纳其应纳税款。”这个地方需要明确的是剩余期限的确定。以一个例子来说明：假定，A个人在2015年3月1日以非货币性资产投资新设甲公司，并于3月15日进行公司登记取得了营业执照，但A还未进行纳税申报。这个时候，剩余期限为2015年4月1日－12月31日（第1年）、2016、2017、2018、2019年。

（四）美国非货币性资产投资（第351条交易）的所得税规则借鉴

在美国联邦税法中，对于投资行为具有众多的普通法判例和制定法规则，形成了一套鼓励投资的递延所得税税法规则。因此，美国联邦税法有关投资的税法规则值得我们研究和借鉴。

从公司法和合同法理论来看，公司的设立（incorporation）以及资本投入（contribution）包含两个合同：一是股东之间组建公司或资本投入的合同，另一

个是股东与公司[1]之间的有关财产转移之合同。而从所得税法来看，公司的设立和资本投入是一种特殊的财产交易行为，即股东向公司提供现金、货物、设备、土地以及其他财产用以交换公司发行的代表股东在公司资本权益的股票。一般地，股东向公司投资可以采取现金、非货币性资产。由于现金投资不属于应税事件（tax event），因此不存在税收问题。但对于非货币性资产，股东将其投入公司并换取公司股票的交易是一个应税事件。该交易被视为就像股东以公允市场价值出售财产给该公司以获取现金一样。在财产被转移给公司的交易中，公司股东收到的股票价值和被转移给公司的财产的计税基础之间的差异将实现收益或损失。正是因为这样的税法原理，一定程度上成为了公司设立或资本投入的税法障碍，这也正是促使美国国会颁布税收法典第 351 条以消除设立公司或资本投入的障碍的原因。第 351 条的规定将促进新设公司或接受投资的公司发展壮大，而不会因财产和股票之间的交换面临即时的税务后果。即是说，符合条件的公司设立或资本投入中的财产交换股票的交易产生的任何收益或损失将递延确认，直到股东最终处置该股票。

在美国普通法历史上，有关公司投资设立组建的著名普通法判例是 Portland Oil Co. v. Commissioner[2] 一案。在该案中，联邦第一巡回上诉法院法官指出，联邦税收法典第 351 条关于公司设立的交易实质上只是所有权形式的改变，公司或者公司设立的发起股东理论上可能的所得或者损失都还没有最终确认完成。它将一个公司的发起股东对公司的投资视为被转让财产的一个“形式上的改变”（“change in form”）而不是一个对该等财产的处置（“dispose”）。

事实上，第 351 条的税法机理与 Portland Oil Co. 案规则一样。因此，投资人在交换中实现的任何收益或损失都将被递延处理。如果满足第 351 条有关条款规定的条件的话，则财产的交换行为将被视为一个免税交换行为（即所谓的“第 351（a）条款免税交换”）。[3] 当然，如果在交换中，公司除了使用适格对价（股票）之外，还使用了其他额外对价[4]的话，在该财产的交换行为还将构成一

---

① 笔者注：美国联邦税法将设立中的公司视为一个实体，并由设立后的公司承继之。在中国法下，按照《公司法司法解释三》的有关规定，目前司法也予以承认拟设立的公司的过渡性、暂时性的团体性质。

② Portland Oil Co. v. Commissioner, 190 F. 2nd 479, 488 (1st Cir.), cert. denied, 310 U. S. 650 (1940).

③ 26 USC § 351 (a).

④ 额外对价通常是指股票或证券之外的其他财产，包括现金和非现金的其他财产。

个部分应税交换（即所谓的“第351（b）条款部分应税交换”）。[1]

当然，第351条款规定了给予递延纳税待遇的制定法要件，即：（a）投资人向公司转移财产；（b）投资人转移的财产仅仅交换公司的股票；（c）投资人实现对公司的80%控制。[2] 且必须在交换发生之后立即（immediately after）取得。[3] 通过这些条件限制，第351条款希望把仅仅是“资产形式或形态变化的交换”与一般的“财产处置的交换”区分开来。需要注意的是，第351条款既适用于新设公司（资本初始投入），也适用于向已设立公司的财产转移（或称为资本追加投入）。

上述规则基于这样的假定，即当财产被转让给一个受控公司时，转让人通过受让公司的股权将其对财产的直接所有权仅仅转换为对该等财产的间接所有权，而该间接所有权可以使得它对股权下的基础资产享有权益。换句话说，转让人在受让公司的财产上保持了股东利益的持续。此外，如果股东收到的对价仅仅是股票的话，它们并没有获得可以用于支付税负的现金，因此税法给予税收递延待遇可以有利于公司的组建和设立。显然，如果在交易中投资人如果收到现金或被承担债务等对价，则将有能力去支付税负，这也正是第351（b）条款部分应税交换的理论渊源。

所以，总体上讲，美国税法有关设立和资本投入的税法规则分为两大类别去区别对待。即，对于满足立即控制等要件之后，股东投入非货币性资产到公司的资产转移行为可以享受递延纳税的待遇（等同于我国59号文所称的特殊性税务处理），对不满足要件的，则应当在当期即期纳税。比较而言，我国税法并没有这样的递延纳税的税法规则，对于非货币性资产出资除了在满足资产或股权收购重组的个别情形下可以选择适用递延纳税待遇之外，根据116号文和41号文的规定属于应税投资行为，只不过给予了5年平均分摊缴纳的优惠政策，但这并不是真正的“递延纳税”待遇。笔者认为，在如今以非货币性资产投资越来越普遍的情形下，这并不利于鼓励投资活动。所以，笔者建议可以借鉴美国联邦税法的相关规定给予非货币性投资真正的递延纳税待遇。

---

① 26 USC § 351（b）.

② 所谓“80%控制”是指，资产转让人在转让后立即取得受让公司所有类别的表决权股票的总表决权的至少80%和所有其他类别股票总数量的至少80%。

③ 所谓“交换发生之后立即（immediately after）取得”是指，该要求并不意味着所有的转让人必须同时交换他们的财产为股票。然而，它意味着所有的交换必须预先达成一致，并且该一致必须在一个迅速和有序的方式下实施。

二、境外投资者以境内居民企业股权投资的所得税问题

继2009年3月1日国家工商总局出台了《股权出资登记管理办法》（国家工商总局令第39号）[①] 之后，商务部也于2012年10月22日颁布实施了《商务部关于涉及外商投资企业股权出资的暂行规定》（商务部令2012年第8号，以下简称“8号令”），[②] 该文就境内外投资者对外商投资企业以股权出资的行为进行了特别规定。根据8号令第二条的规定：“境内外投资者（以下统称股权出资人）以其持有的中国境内企业（以下统称股权企业）的股权作为出资，设立及变更外商投资企业（以下统称被投资企业）的行为适用本规定，包括：（一）以新设公司形式设立外商投资企业；（二）增资使非外商投资企业变更为外商投资企业；（三）增资使外商投资企业股权发生变更。以上所称企业是指在中国境内依法设立的有限责任公司或股份有限公司。”因此，境外投资者可以其持有的境内企业股权作为出资新设公司或者对已有境内企业进行增资。这属于公司法层面的规定，但在所得税法上，对于境外投资者以其持有的境内居民企业股权进行投资如何进行税务处理并没有清晰的规定。

（一）税收协定“财产收益”条款的适用

对于非居民企业以境内居民企业股权新设外商投资企业的所得税问题，笔者认为，如果境外投资者所在国与我国签署有双边的税收协定，应当首先根据税收协定“财产收益”条款的规定进行优先处理——考虑协定“财产收益”条款是否适用。

应该讲，不论是OECD协定范本和UN协定范本以及我国对外签署的税收协定，其“财产收益”条款本身并没有对什么是“财产收益”作出定义。按照国际税法的实践以及通常的理解，“财产收益”是指因财产所有权发生转移而取得的所得，亦称之为财产转让所得或资本利得。因此，对于非居民企业以境内居民企业股权投资新设居民企业或者对居民企业增资时，可以视为非居民企业转让其持有的境内居民企业股权和投资同时发生。由于其持有的境内居民企业股

---

① 笔者注：该文已被根据2014年2月19日《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》修订后的新的《中华人民共和国公司登记管理条例》所废止。

② 笔者注：2015年10月28日，商务部发布了《商务部关于修改部分规章和规范性文件的决定》（商务部令2015年第2号）对8号令作出了修订，主要是删除了第四条第二款第（一）项“股权企业的注册资本未缴足”和第（五）项“未按规定参加或未通过上一年度外商投资企业联合年检的外商投资企业的股权”的规定，以与2014年新公司法的规定保持一致。

权的所有权发生转移并取得来源于中国境内的所得，因此，可以视为取得税收协定规定的“财产收益”从而适用“财产收益”条款。

譬如，《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定》（下称“《中美税收协定》”）第十二条“财产收益”第五款规定：“转让第四款所述以外的其他股票取得的收益，该项股票又相当于参与缔约国一方居民公司的股权的 25%，可以在该缔约国征税。”第六款规定：“缔约国一方居民转让第一款至第五款所述财产以外的其他财产取得的收益，发生于缔约国另一方的，可以在该缔约国另一方征税。”该规定意味着，如果非居民企业转让境内居民股权时持有至少 25% 股份的，中国享有征税权。

（二）非居民企业以境内居民企业股权投资的所得税国内法适用

在中国享有征税权的前提下，如前所述，116 号文的规定仅适用于居民企业以非货币性资产新设居民企业以及对居民企业增资的情形，不能直接适用于非居民企业以非货币性资产投资。那么，116 号文是否为国内法并不征税的法律依据呢？笔者认为并非如此。

根据《企业所得税法》第二条第三款的规定：“本法所称非居民企业，是指依照外国（地区）法律成立且实际管理机构不在中国境内，但在中国境内设立机构、场所的，或者在中国境内未设立机构、场所，但有来源于中国境内所得的企业。”其第三条第二款规定：“非居民企业在中国境内设立机构、场所的，应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得，以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得，缴纳企业所得税。”其第三条第三款规定：“非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税。”根据《企业所得税法实施条例》的相关规定，对于《企业所得税法》第三条第二款规定情形的，应就归属于其所设机构、场所的所得按照 25% 税率缴纳企业所得税；对于《企业所得税法》第三条第三款规定情形的，应就其来源于中国境内的所得按照 10% 税率或者协定优惠税率缴纳企业所得税。根据《企业所得税法实施条例》第七条规定：“企业所得税法第三条所称来源于中国境内、境外的所得，按照以下原则确定：……（三）转让财产所得，不动产转让所得按照不动产所在地确定，动产转让所得按照转让动产的企业或者机构、场所所在地确定，权益性投资资产转让所得按照被投资企业所在地确定；”因此，非居民企业转让境内居民企业股权应适用《企业所得税法》第三条第三款情形，按照 10% 税率或者协定优惠税率缴纳企业所得税。同时，不论

是新设投资情形或者是增资情形的，皆不属于59 号文第七条所规定的可以适用特殊性税务处理的跨境重组交易，因此不能适用递延纳税待遇或者分期缴纳待遇。

（三）非居民个人以境内居民企业股权投资的所得税国内法适用

如前所述，41 号文本身并没有对什么是其所述的“个人”进行定义。但应理解为上位法《中华人民共和国个人所得税法》（主席令第48 号，下称“《个人所得税法》”）以及《中华人民共和国个人所得税法实施条例》（国务院令第600 号，下称“《个人所得税法实施条例》”）规定的“个人”。根据《个人所得税法》第一条规定：“在中国境内有住所，或者无住所而在境内居住满一年的个人，从中国境内和境外取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。在中国境内无住所又不居住或者无住所而在境内居住不满一年的个人，从中国境内取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。”《个人所得税法实施条例》第二条规定：“税法第一条第一款所说的在中国境内有住所的个人，是指因户籍、家庭、经济利益关系而在中国境内习惯性居住的个人。”第三条规定：“税法第一条第一款所说的在境内居住满一年，是指在一个纳税年度中在中国境内居住365 日。临时离境的，不扣减日数。前款所说的临时离境，是指在一个纳税年度中一次不超过30 日或者多次累计不超过90 日的离境。”第四条规定：“税法第一条第一款、第二款所说的从中国境内取得的所得，是指来源于中国境内的所得；所说的从中国境外取得的所得，是指来源于中国境外的所得。”因此，如果进行投资的非居民个人符合《个人所得税法》及其实施条例规定条件的，则属于个人所得税法上的“个人”，可以适用41 号文。

根据《个人所得税法》第二条的规定：“第二条 下列各项个人所得，应纳个人所得税：……九、财产转让所得；”以及《个人所得税法实施条例》第八条的规定：“税法第二条所说的各项个人所得的范围：……（九）财产转让所得，是指个人转让有价证券、股权、建筑物、土地使用权、机器设备、车船以及其他财产取得的所得。”同时，《个人所得税法实施条例》第五条规定：“下列所得，不论支付地点是否在中国境内，均为来源于中国境内的所得：……（三）转让中国境内的建筑物、土地使用权等财产或者在中国境内转让其他财产取得的所得；”因此，从该规定可以看出，非居民个人转让其持有的境内居民企业股权属于转让中国境内的财产或在中国境内转让其他财产取得的所得。因此，中国享有征税权。因此，此种情形可以适用于41 号公告的5 年平均分摊的税收优惠政策，这与116 号文要求投资者是居民企业有所不同。但是，带来的问题就是增大了征管的难度。譬如，如前所述，41 号文规定，对于非货币性资产投资的个

人所得税实行个人申报纳税制，如果外籍个人不能按时纳税，将面临税收征管执法难度的问题。

综上所述，非居民企业和非居民个人以境内居民企业股权投资的企业所得税政策和个人政策存在不一致和差异，笔者建议，国家税务总局应该及时出台有关境外投资者以境内股权投资的所得税政策。

三、境外投资者以专有技术等无形资产投资的所得税问题

在第二部分中，我们讨论了境外投资者以境内居民企业股权投资的所得税问题，但在实践中，越来越多地出现境外投资者（主要是法人投资者）以专有技术等无形资产投资的情形出现。我国税法对此亦无清晰的规定。那么，此种情形下，如何进行所得税处理呢？笔者分析如下：

（一）非居民企业以无形资产投资的企业所得税处理

无形资产（Intangible Assets）是指企业拥有或者控制的没有实物形态的可辨认非货币性资产。无形资产通常包括专利权、商标权、非专利技术（专有技术）、[1] 著作权、[2] 商誉等，因为它们没有物质实体，而是表现为某种法定权利或技术。在所得税法上，境外投资者以这些无形资产进行投资，首先需要根据我国国内税法规定确定我国是否享有征税权，再看协定对这种征税权在缔约国之间如何限制和划分。实践中，境外投资者通常采用两种方式来进行投资：无形资产的所有权和无形资产的使用权。

1. 非居民企业以（商标、专利、著作权等）无形资产所有权投资

对于境外投资者以（商标权、专利权、著作权等）无形资产所有权出资时，根据《企业所得税法实施条例》第七条规定："企业所得税法第三条所称来源于中国境内、境外的所得，按照以下原则确定：……（三）转让财产所得，不动产转让所得按照不动产所在地确定，动产转让所得按照转让动产的企业或者机构、场所所在地确定，权益性投资资产转让所得按照被投资企业所在地确定；"因此，我国税法在确定非居民企业转让无形资产所有权获得股权对价是否属于来源于中国境内的所得时并不清晰、明了。按照通常理解，可以将无形资产（商标、专利所有权转让）视为动产转让来适用，此时，非居民企业转让动产时

---

① 非专利技术或专有技术，是指不为外界所知，在生产经营活动中应采用了的，不享有法律保护的，可以带来经济效益的各种技术和诀窍。

② 著作权通常包括文字著作、图形著作（如画册、影集）、音像著作（如电影母片、录像带母带）等。

依转让动产的企业或者机构、场所所在地确定，这意味着，我国企业所得税法将其视为来源于非居民企业所在地的所得，中国不享有征税权，对该非居民企业以无形资产所有权投资不能适用前述的《企业所得税法》第三条第三款规定。

我们可以发现，我国《企业所得税法》有关来源地确定规则显得过于粗略，特别是没有针对无形资产的专门规定，已经不能很好地适应于经济生活的需要了。

2. 非居民企业以专有技术等无形资产使用权投资

除了上述的所有权投资之外，实践中新近较多出现的情形是非居民企业以专有技术等无形资产使用权投资。在这种情形下，我们一般不适用《企业所得税法实施条例》第七条第（三）项规定的“财产转让所得”条款来确定所得来源地，而适用该条第（四）项规定“……特许权使用费所得，按照负担、支付所得的企业或者机构、场所所在地确定，或者按照负担、支付所得的个人的住所地确定”。因此，我国税法在确定非居民企业以专有技术使用权出资并获取被投资居民企业股权对价时，可以将其视为来源于中国境内所得，中国享有“特许权使用费”征税的权利。在此结论上，我们再来看是否存在税收协定。譬如，《中美税收协定》第十一条“特许权使用费”第三款规定：“本条‘特许权使用费’一语是指使用或有权使用文学、艺术或科学著作，包括电影影片、无线电或电视广播使用的胶片、磁带的版权，专利、专有技术、商标、设计、模型、图纸、秘密配方或秘密程序所支付的作为报酬的各种款项，也包括使用或有权使用工业、商业、科学设备或有关工业、商业、科学经验的情报所支付的作为报酬的各种款项。”第一款规定：“发生于缔约国一方而支付给缔约国另一方居民的特许权使用费，可以在该缔约国另一方征税。”第二款规定：“然而，这些特许权使用费也可以在其发生的缔约国，按照该缔约国的法律征税。但是，如果收款人是该特许权使用费受益所有人，则所征税款不应超过特许权使用费总额的 10%。”因此，如果非居民企业属于美国居民公司的话，则其以专有技术使用权投资获得的股权支付产生的所得，我国可以按照特许权使用费总额依据 10% 预提所得税税率征税。

（二）非居民个人以无形资产投资的个人所得税处理

类似地，非居民个人如果以无形资产所有权投资的，首先，根据《个人所得税法》第二条的规定：“第二条 下列各项个人所得，应纳个人所得税：……九、财产转让所得；”以及《个人所得税法实施条例》第八条的规定：“税法第二条所说的各项个人所得的范围：……（九）财产转让所得，是指个人转让有价证券、股权、建筑物、土地使用权、机器设备、车船以及其他财产取得的所

得。”同时，《个人所得税法实施条例》第五条规定：“下列所得，不论支付地点是否在中国境内，均为来源于中国境内的所得：……（三）转让中国境内的建筑物、土地使用权等财产或者在中国境内转让其他财产取得的所得；”因此，从该规定可以看出，非居民个人转让无形资产所有权不属于转让中国境内的财产，但可以视为在中国境内转让其他财产取得的所得。① 因此，中国享有征税权。其次，如果两国之间存在税收协定，譬如按照《中美税收协定》第十二条“财产收益”第六款的规定：“缔约国一方居民转让第一款至第五款所述财产以外的其他财产取得的收益，发生于缔约国另一方的，可以在该缔约国另一方征税。”因此，非居民个人转让无形资产所有权可以视为发生在中国境内，中国享有按照“财产收益”征税的权利。

非居民企业个人如果以无形资产使用权投资的，首先，根据《个人所得税法》第二条的规定：“第二条下列各项个人所得，应纳个人所得税：……六、特许权使用费所得；”以及《个人所得税法实施条例》第八条的规定：“税法第二条所说的各项个人所得的范围：……（六）特许权使用费所得，是指个人提供专利权、商标权、著作权、非专利技术以及其他特许权的使用权取得的所得；”同时，《个人所得税法实施条例》第五条规定：“下列所得，不论支付地点是否在中国境内，均为来源于中国境内的所得：……（四）许可各种特许权在中国境内使用而取得的所得；”因此，从该规定可以看出，非居民个人转让无形资产使用权属于在中国境内使用而取得的所得。因此，中国享有征税权。其次，如果两国之间存在税收协定，譬如按照《中美税收协定》第十一条“特许权使用费”第二款规定：“然而，这些特许权使用费也可以在其发生的缔约国，按照该缔约国的法律征税。但是，如果收款人是该特许权使用费受益所有人，则所征税款不应超过特许权使用费总额的10%。”因此，非居民个人转让无形资产使用权权可以视为发生在中国境内，中国享有按照“特许权使用费”征税的权利。

四、非货币性资产投资的增值税（营改增）问题

实践中，投资者以存货、设备、土地房屋等非货币性资产投资时，除了涉及所得税之外，还可能会涉及增值税（营改增②）的问题。

---

① 笔者注：何为“在中国境内转让”并没有明确的税法指引，尚存争议。

② 笔者注：根据财政部、国家税务总局于2016年3月23日发布了《财政部 国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税［2016］36号）的规定，自2016年5月1日起，全面推行增值税，营业税将全面废止。

（一）以货物出资涉及的增值税

根据《中华人民共和国增值税暂行条例实施细则》（财政部 国家税务总局第50号令，下称“《增值税暂行条例实施细则》”）第四条第（六）项规定：“将自产、委托加工或者购进的货物作为投资，提供给其他单位或者个体工商户，应该视同销售。”其第二条第一款规定，“条例第一条所称货物，是指有形动产，包括电力、热力、气体在内”。因此，企业以材料、商品或产品等货物对外投资的行为应当缴纳增值税。

（二）以货物类固定资产出资涉及的增值税

在增值税转型改革实施之后，将固定资产纳入增值税范围之后，如果以固定资产投资，特别是投入的固定资产等属于自己使用过的物品和旧货时，涉及的增值税政策是一个比较复杂的问题，相关的主要政策文件包括《财政部、国家税务总局关于全国实施增值税转型改革若干问题的通知》（财税［2008］170号，下称“170号文”）、《财政部、国家税务总局关于部分货物适用增值税低税率和简易办法征收增值税政策的通知》（财税［2009］9号，下称“9号文”）、《国家税务总局关于增值税简易征收政策有关管理问题的通知》（国税函［2009］90号，下称“90号文”）、《国家税务总局关于一般纳税人销售自己使用过的固定资产增值税有关问题的公告》（国家税务总局公告2012年第1号，下称“1号公告”）以及《财政部、国家税务总局关于简并增值税征收率政策的通知》（财税［2014］57号，下称“57号文”）。现将有关规定总结如下表1－4和1－5。

表1－4：销售自己使用过的物品和销售旧货增值税政策

<table>
<tr><th colspan="2" rowspan="2">项目</th><th colspan="2">一般纳税人</th><th colspan="2">小规模纳税人（含个体户）</th><th rowspan="2">其他个人</th></tr>
<tr><th>销售额</th><th>税率</th><th>销售额</th><th>税率</th></tr>
<tr><td rowspan="2">1. 销售已使用过的固定资产①</td><td>（1）未抵扣③</td><td>含税/（1＋3%）</td><td>2%</td><td rowspan="2">含税/（1＋3%）</td><td rowspan="2">2%</td><td rowspan="4">销售旧货，免征增值税</td></tr>
<tr><td>（2）除（1）外的固定资产</td><td colspan="2">按照170号文处理（参见下表1－5）</td></tr>
<tr><td colspan="2">2. 销售已使用过的（除1外）其他物品</td><td>含税/（1＋税率）</td><td>适用税率</td><td>含税/（1＋3%）</td><td>3%</td></tr>
<tr><td colspan="2">3. 销售旧货②</td><td>含税/（1＋3%）</td><td>2%</td><td>含税/（1＋3%）</td><td>2%</td></tr>
</table>

注：①已使用过的固定资产：指纳税人根据财务会计制度已经计提折旧的固定资产。

②旧货：指进入二次流通的具有部分使用价值的货物（含旧汽车、旧摩托车、旧游艇），但不包括自己使用过的物品。

③指《中华人民共和国增值税暂行条例》第十条规定不得抵扣且未抵扣。

表1－5：销售自己使用过的固定资产的增值税政策

<table>
<tr><td colspan="3">2008年12月31日之前</td><td rowspan="3">2009年1月1日之后</td></tr>
<tr><td rowspan="2">未纳入扩大增值税抵扣范围试点的纳税人</td><td colspan="2">已纳入扩大增值税抵扣范围试点的纳税人</td></tr>
<tr><td>在本地区扩大增值税抵扣试点以前购进或者自制的固定资产</td><td>在本地区扩大增值税抵扣试点以后购进或者自制的固定资产</td></tr>
<tr><td>2%</td><td>2%</td><td>按适用税率征收</td><td>按适用税率征收</td></tr>
<tr><td colspan="2">销售额＝含税销售额/（1＋3%）
应纳税额＝销售额×2%</td><td colspan="2">销售额＝含税销售额/（1＋适用税率）
应纳税额＝销售额×适用税率</td></tr>
</table>

在实践中，还需要注意如下几点：

（1）根据90号文第一条和57号文第一条的规定，一般纳税人销售自己使用过的固定资产，凡根据170号文和9号文等规定，适用按简易办法依3%征收率减按2%征收增值税政策的，应开具普通发票，不得开具增值税专用发票。小规模纳税人销售自己使用过的固定资产，应开具普通发票，不得由税务机关代开增值税专用发票。对于前述两种情况，销售人不允许开具增值税专用发票，意味着该项增值税款，被投资企业得不到进项抵扣；

（2）企业以材料对外投资可以开具增值税专用发票，被投资企业也可以凭借该发票进行抵扣，因此投资企业和被投资企业合计增值税负为零，之所以这样规定，是因为要保持整个增值税链条的完整；

（3）如果企业是以全部或几乎全部资产对外投资，或者以构成“业务组合”的部分资产对外投资，可以考虑适用《国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》（国家税务总局公告2011年第13号，下称“13号公告”）资产重组中涉及的货物不征增值税政策。

笔者以如下例来对非货币性资产投资的增值税问题进行说明：

【例1－5】非货币性资产投资的增值税问题

假定，2015年1月，A公司（2008年所在地未纳入增值税试点范围，一般纳税人）和B公司达成协议，由A公司以机器设备等固定资产向B公司增资，协商作价400万元。有关机器设备的信息如下表（单位：万元）：

设备名称	购置时间	账面净值	评估价格	协商作价
A	2008 年 9 月 30 日	80	100	100
B	2009 年 3 月 3 日	130	120	120
C	2013 年 12 月 12 日	200	200	200
合计	——	410	420	420

其中：固定资产 C 购进时用于非应税项目，未抵扣增值税进项税额。

问题：A 公司以固定资产投资时的增值税如何计算？

【解析】根据《增值税暂行条例实施细则》第四条第（六）项规定："将自产、委托加工或者购进的货物作为投资，提供给其他单位或者个体工商户，应该视同销售。"其第二条第一款规定："条例第一条所称货物，是指有形动产，包括电力、热力、气体在内。"因此，本案例中，A 公司以使用过的固定资产进行投资属于视同销售行为，应依法计算缴纳增值税。具体依据及计算如下表：

设备名称	法规政策依据			增值税计算
	9 号文	170 号文	1 号公告/57 号文	
A：2008 年 9 月 30 日购入，属于自己使用过的其他固定资产	第二条第（一）项第 1 点第 2 段：一般纳税人销售自己使用过的其他固定资产，按照《财政部 国家税务总局关于全国实施增值税转型改革若干问题的通知》（财税［2008］170 号）第四条的规定执行。	第四条第（二）项：2008 年 12 月 31 日以前未纳入扩大增值税抵扣范围试点的纳税人，销售自己使用过的 2008 年 12 月 31 日以前购进或者自制的固定资产，按照简易办法依照 3% 征收率减按 2% 征收增值税。	57 号文第一条：《财政部国家税务总局关于部分货物适用增值税低税率和简易办法征收增值税政策的通知》（财税〔2009〕9 号）第二条第（一）项和第（二）项中"按照简易办法依照 4% 征收率减半征收增值税"调整为"按照简易办法依照 3% 征收率减按 2% 征收增值税"。	销售额 = 100/（1 + 3%） = 97.09（万元）；应纳税额 = 97.09 × 2% = 1.94（万元）
B：2009 年 3 月 3 日购入，已抵扣进项，属于自己使用过的其他固定资产	同上	第四条第（一）项：销售自己使用过的 2009 年 1 月 1 日以后购进或者自制的固定资产，按照适用税率征收增值税；	——	销售额 = 120（万元）；销项税额 = 120 × 17% = 20.4（万元）

续 表

C：2013 年 12 月 12 日购入，属于条例第 10 条规定不得抵扣的情形（用于非增值税应税项目），属于自己使用过的固定资产。	第二条第（一）项第 1 点第 1 段：一般纳税人销售自己使用过的属于条例第十条规定不得抵扣且未抵扣进项税额的固定资产，按简易办法依 4% 征收率减半征收增值税。	同上	1 号公告：增值税一般纳税人销售自己使用过的固定资产，属于以下两种情形的，按照简易办法依照 3% 征收率计算应纳税额，同时不得开具增值税专用发票：一、纳税人购进或者自制固定资产时为小规模纳税人，认定为一般纳税人后销售该固定资产。二、增值税一般纳税人发生按简易办法征收增值税应税行为，销售其按照规定不得抵扣且未抵扣进项税额的固定资产。 57 号文：同上。	销售额 = 200/（1 + 3%）= 194.17（万元）；应纳税额 = 194.17 × 2% = 3.88（万元）
合计	——	——	——	26.22

（三）以专利技术、非专利技术、商标、商誉和著作权等无形资产投资涉及的增值税

财政部、国家税务总局于 2016 年 3 月 23 日发布了《财政部 国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税［2016］36 号，下称“36 号文”），自 2016 年 5 月 1 日起执行。36 号文规定，《财政部　国家税务总局关于将铁路运输和邮政业纳入营业税改征增值税试点的通知》（财税〔2013〕106 号）、《财政部　国家税务总局关于铁路运输和邮政业营业税改征增值税试点有关政策的补充通知》（财税〔2013〕121 号）、《财政部　国家税务总局关于将电信业纳入营业税改征增值税试点的通知》（财税〔2014〕43 号）、《财政部　国家税务总局关于国际水路运输增值税零税率政策的补充通知》（财税〔2014〕50 号）和《财政部　国家税务总局关于影视等出口服务适用增值税零税率政策的通知》（财税〔2015〕118 号），除另有规定的条款外，相应废止。

根据 36 号文附件 1“营业税改征增值税试点实施办法”（下称“《营改增试点实施办法》”）第一条规定：“在中华人民共和国境内（以下称境内）销售服务、无形资产或者不动产（以下称应税行为）的单位和个人，为增值税纳税人，

应当按照本办法缴纳增值税，不缴纳营业税。”第九条规定：“应税行为的具体范围，按照本办法所附的《销售服务、无形资产、不动产注释》执行。”第十条规定：“销售服务、无形资产或者不动产，是指有偿提供服务、有偿转让无形资产或者不动产……”

《营改增实施办法》附件“销售服务、无形资产、不动产注释”规定：

“二、销售无形资产

销售无形资产，是指转让无形资产所有权或者使用权的业务活动。无形资产，是指不具实物形态，但能带来经济利益的资产，包括技术、商标、著作权、商誉、自然资源使用权和其他权益性无形资产。

技术，包括专利技术和非专利技术。

自然资源使用权，包括土地使用权、海域使用权、探矿权、采矿权、取水权和其他自然资源使用权。

其他权益性无形资产，包括基础设施资产经营权、公共事业特许权、配额、经营权（包括特许经营权、连锁经营权、其他经营权）、经销权、分销权、代理权、会员权、席位权、网络游戏虚拟道具、域名、名称权、肖像权、冠名权、转会费等。”

从上述规定可以看出，在36号文出台之后，对于以无形资产（专利、非专利技术、商标、著作权、商誉和自然资源使用权和其他权益性无形资产）对外投资视同为转让无形资产，纳入增值税应税范围。

此外，36号文第十五条还规定，转让土地使用权，税率为11%。销售无形资产，税率为6%。第十六条规定，增值税征收率为3%，财政部和国家税务总局另有规定的除外。

根据附件3“营业税改征增值税试点过渡政策的规定”（下称“《营改增试点过渡政策规定》”）第一条“下列项目免征增值税”第（二十六）项的规定，在试点期内，纳税人提供技术转让免征增值税。同时，技术转让是指《销售服务、无形资产、不动产注释》中“转让技术”范围内的业务活动。因此，如果投资人以专利技术和非专利技术投资，免征增值税；而以商标、著作权、商誉和自然资源使用权和其他权益性无形资产对外投资的，纳入增值税应税范围。同时，还规定了申请享受免征增值税的备案程序：“试点纳税人申请免征增值税时，须持技术转让……的书面合同，到纳税人所在地省级科技主管部门进行认定，并持有关的书面合同和科技主管部门审核意见证明文件报主管税务机关备查。”我们需要特别关注的是，36号文将对自然资源使用权进行了明确，包括土

地使用权、海域使用权、探矿权、采矿权、取水权和其他自然资源使用权。同时，还将经济生活中新出现的基础设施资产经营权、公共事业特许权以及网络游戏虚拟道具、域名等新权利纳入增值税范围。

还需要注意的是，36 号文附件 2“营业税改征增值税试点有关事项的规定”（下称“《营改增试点事项规定》”）第一条第（二）项第 5 点规定：“在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人，其中涉及的不动产、土地使用权转让行为。”该规定与前述的 13 号公告的规定精神保持一致。专门针对涉及的无形资产中的土地使用权作出了不征税规定。《营改增试点过渡政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（十四）项规定：“个人转让著作权”，第（三十五）项规定：“将土地使用权转让给农业生产者用于农业生产。”

（四）以不动产投资的增值税问题

《营改增试点实施办法》附件“销售服务、无形资产、不动产注释”规定：

“三、销售不动产

销售不动产，是指转让不动产所有权的业务活动。不动产，是指不能移动或者移动后会引起性质、形状改变的财产，包括建筑物、构筑物等。

建筑物，包括住宅、商业营业用房、办公楼等可供居住、工作或者进行其他活动的建造物。

构筑物，包括道路、桥梁、隧道、水坝等建造物。

转让建筑物有限产权或者永久使用权的，转让在建的建筑物或者构筑物所有权的，以及在转让建筑物或者构筑物时一并转让其所占土地的使用权的，按照销售不动产缴纳增值税。”

此外，36 号文第十五条还规定，销售不动产，税率为 11%。第十六条规定，增值税征收率为 3%，财政部和国家税务总局另有规定的除外。

还需要注意的是，《营改增试点事项规定》第一条第（二）项第 5 点规定：“在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人，其中涉及的不动产、土地使用权转让行为。”该规定与前述的 13 号公告的规定精神保持一致。专门针对涉及的不动产作出了不征税规定。

2016 年 3 月 31 日，国家税务总局发布了《国家税务总局关于发布〈纳税人转让不动产增值税征收管理暂行办法〉的公告》（国家税务总局公告 2016 年第

14 号，下称 14 号公告）和《国家税务总局关于发布〈不动产进项税额分期抵扣暂行办法〉的公告》（国家税务总局公告 2016 年第 15 号，下称“15 号公告”）。14 号公告第二条规定：“纳税人转让其取得的不动产，适用本办法。本办法所称取得的不动产，包括以直接购买、接受捐赠、接受投资入股、自建以及抵债等各种形式取得的不动产。房地产开发企业销售自行开发的房地产项目不适用本办法。”15 号公告第二条规定：“增值税一般纳税人（以下称纳税人）2016 年 5 月 1 日后取得并在会计制度上按固定资产核算的不动产，以及 2016 年 5 月 1 日后发生的不动产在建工程，其进项税额应按照本办法有关规定分 2 年从销项税额中抵扣，第一年抵扣比例为 60%，第二年抵扣比例为 40%。取得的不动产，包括以直接购买、接受捐赠、接受投资入股以及抵债等各种形式取得的不动产。纳税人新建、改建、扩建、修缮、装饰不动产，属于不动产在建工程。房地产开发企业自行开发的房地产项目，融资租入的不动产，以及在施工现场修建的临时建筑物、构筑物，其进项税额不适用上述分 2 年抵扣的规定。”从前述规定可以看出，增值税一般纳税人 2016 年 5 月 1 日后通过接受投资入股方式取得并在会计制度上按固定资产核算的不动产，可以享受 2 年分期抵扣的政策。同时，增值税纳税人转让接受投资入股取得的不动产应依法纳税。因此，一般情形下，投资人以不动产对被投资企业投资时，应依法缴纳增值税。笔者根据 14 号公告将增值税纳税人销售不动产（包括投资入股）的增值税征管政策总结如下表 1－6 和表 1－7。

表 1－6：一般纳税人（二手房交易，不含房地产销售）转让不动产增值税征管汇总表

纳税人类型	是否应税	销售不动产类型	取得时间	预缴				申报		增值税发票	
				计税方式	征收（预征）率	应纳税销售额	预缴税额	税率	申报方式	普通发票	专用发票
单位和个体工商户	应税项目①	老项目（非自建）	2016 年 4 月 30 日前	选择简易计税	5% 征收率	（全部价款＋价外费用）－不动产购置原价或者取得不动产时的作价	[（全部价款＋价外费用）－不动产购置原价或者取得不动产时的作价]／（1＋5%）×5%	5% 征收率	差额申报，扣减预缴	自开	自开
		老项目（自建）				全部价款＋价外费用	（全部价款＋价外费用）／（1＋5%）×5%	5% 征收率	全额申报，扣减预缴		
		老项目（非自建）		选择一般计税	5% 预征率	（全部价款＋价外费用）－不动产购置原价或者取得不动产时的作价	[（全部价款＋价外费用）－不动产购置原价或者取得不动产时的作价]／（1＋5%）×5%	11% 适用税率			
		老项目（自建）				全部价款＋价外费用	（全部价款＋价外费用）／（1＋5%）×5%				
		新项目（非自建）	2016 年 5 月 1 日后	适用一般计税		全部价款＋价外费用	[（全部价款＋价外费用）－不动产购置原价或者取得不动产时的作价]／（1＋5%）×5%				
		新项目（自建）				全部价款＋价外费用	（全部价款＋价外费用）／（1＋5%）×5%				
单位	免税项目②	按房改成本价、标准价出售住房	——	——	不动产所在地地税办理免税手续，按上述 6 种对应情况对含税价进行换算			免税申报		自开	不得开具

续　表

个体工商户	应税项目	2 年以内的住房	——	适用简易计税	5% 征收率	全部价款 + 价外费用	（全部价款 + 价外费用）/（1 +5%） ×5%	5% 征收率	全额申报，扣减预缴	自开	自开
个体工商户	免税项目[3]	自建自用住房、购买 2 年以上住房	——	——	不动产所在地地税办理免税手续，按上述 6 种对应情况对含税价进行换算			免税申报，按上述 6 种对应情况选择全额或差额		自开	不得开具

注：①14 号公告第三条规定："一般纳税人转让其取得的不动产，按照以下规定缴纳增值税：

（一）一般纳税人转让其 2016 年 4 月 30 日前取得（不含自建）的不动产，可以选择适用简易计税方法计税，以取得的全部价款和价外费用扣除不动产购置原价或者取得不动产时的作价后的余额为销售额，按照 5% 的征收率计算应纳税额。纳税人应按照上述计税方法向不动产所在地主管地税机关预缴税款，向机构所在地主管国税机关申报纳税。

（二）一般纳税人转让其 2016 年 4 月 30 日前自建的不动产，可以选择适用简易计税方法计税，以取得的全部价款和价外费用为销售额，按照 5% 的征收率计算应纳税额。纳税人应按照上述计税方法向不动产所在地主管地税机关预缴税款，向机构所在地主管国税机关申报纳税。

（三）一般纳税人转让其 2016 年 4 月 30 日前取得（不含自建）的不动产，选择适用一般计税方法计税的，以取得的全部价款和价外费用为销售额计算应纳税额。纳税人应以取得的全部价款和价外费用扣除不动产购置原价或者取得不动产时的作价后的余额，按照 5% 的预征率向不动产所在地主管地税机关预缴税款，向机构所在地主管国税机关申报纳税。

（四）一般纳税人转让其 2016 年 4 月 30 日前自建的不动产，选择适用一般计税方法计税的，以取得的全部价款和价外费用为销售额计算应纳税额。纳税人应以取得的全部价款和价外费用，按照 5% 的预征率向不动产所在地主管地税机关预缴税款，向机构所在地主管国税机关申报纳税。

（五）一般纳税人转让其 2016 年 5 月 1 日后取得（不含自建）的不动产，适用一般计税方法，以取得的全部价款和价外费用为销售额计算应纳税额。纳税人应以取得的全部价款和价外费用扣除不动产购置原价或者取得不动产时的作价后的余额，按照 5% 的预征率向不动产所在地主管地税机关预缴税款，向机构所在地主管国税机关申报纳税。

（六）一般纳税人转让其 2016 年 5 月 1 日后自建的不动产，适用一般计税方法，以取得的全部价款和价外费用为销售额计算应纳税额。纳税人应以取得的全部价款和价外费用，按照 5% 的预征率向不动产所在地主管地税机关预缴税款，向机构所在地主管国税机关申报纳税。"。

②36 号文附件 3《营改增试点过渡政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（三十四）项规定：“为了配合国家住房制度改革，企业、行政事业单位按房改成本价、标准价出售住房取得的收入。”

③36 号文附件 3《营改增试点过渡政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（十五）项规定：“个人销售自建自用住房”。

第五条规定：“个人将购买不足 2 年的住房对外销售的，按照 5% 的征收率全额缴纳增值税；个人将购买 2 年以上（含 2 年）的住房对外销售的，免征增值税。上述政策适用于北京市、上海市、广州市和深圳市之外的地区。

个人将购买不足 2 年的住房对外销售的，按照 5% 的征收率全额缴纳增值税；个人将购买 2 年以上（含 2 年）的非普通住房对外销售的，以销售收入减去购买住房价款后的差额按照 5% 的征收率缴纳增值税；个人将购买 2 年以上（含 2 年）的普通住房对外销售的，免征增值税。上述政策仅适用于北京市、上海市、广州市和深圳市。

……。”

表 1－7：小规模纳税人（二手房交易，不含房地产销售）转让不动产增值税征管汇总表

纳税人类型	是否应税	销售不动产类型	预缴				申报		增值税发票	
			计税方式	征收(预征)率	应纳税销售额	预缴税额	税率	申报方式	普通发票	专用发票
单位	应税项目	非自建项目	适用简易计税	5% 征收率	(全部价款＋价外费用)－不动产购置原价或者取得不动产时的作价	[(全部价款＋价外费用)－不动产购置原价或者取得不动产时的作价]/(1＋5%)×5%	5% 征收率	差额申报，扣减预缴	自开	所在地地税机关代开
		自建项目			全部价款＋价外费用	(全部价款＋价外费用)/(1＋5%)×5%		全额申报，扣减预缴		
	免税项目	按房改成本价、标准价出售住房	——	不动产所在地地税办理免税手续，按上述 2 种对应情况对含税价进行换算			免税申报，按上述 2 种对应情况选择全额或差额		自开	不得代开

续　表

个体工商户	应税项目	非自建项目（不含购买2年以上住房）	适用简易计税	5%征收率	（全部价款＋价外费用）－不动产购置原价或者取得不动产时的作价	［（全部价款＋价外费用）－不动产购置原价或者取得不动产时的作价］/（1＋5%）×5%	5%征收率	差额申报，扣减预缴	自开	所在地地税机关代开
		自建项目（不含住房）			全部价款＋价外费用	（全部价款＋价外费用）/（1＋5%）×5%	5%征收率	全额申报，扣减预缴		
		2年以内的住房								
	免税项目	自建自用住房、购买2年以上住房	——	不动产所在地地税办理免税手续，按上述2种对应情况对含税价进行换算			免税申报，按上述2种对应情况选择全额或差额		自开	不得代开
其他个人（自然人）	应税项目	非自建项目（不含购买2年以上住房）	适用简易计税	5%征收率	（全部价款＋价外费用）－不动产购置原价或者取得不动产时的作价	不预缴	5%征收率	［（全部价款＋价外费用）－不动产购置原价或者取得不动产时的作价］/（1＋5%）×5%	自开	所在地地税机关代开
		自建项目（不含住房）	适用简易计税	5%征收率	全部价款＋价外费用			（全部价款＋价外费用）/（1＋5%）×5%		
		2年以内的住房	——							
	免税项目	自建自用住房、购买2年以上住房	——	不动产所在地地税办理免税手续，按上述2种对应情况对含税价进行换算			免税申报，按上述6种对应情况选择全额或差额		自开	不得代开

注：①14 号公告第四条规定：“小规模纳税人转让其取得的不动产，除个人转让其购买的住房外，按照以下规定缴纳增值税：

（一）小规模纳税人转让其取得（不含自建）的不动产，以取得的全部价款和价外费用扣除不动产购置原价或者取得不动产时的作价后的余额为销售额，按照 5% 的征收率计算应纳税额。

（二）小规模纳税人转让其自建的不动产，以取得的全部价款和价外费用为销售额，按照 5% 的征收率计算应纳税额。

除其他个人之外的小规模纳税人，应按照本条规定的计税方法向不动产所在地主管地税机关预缴税款，向机构所在地主管国税机关申报纳税；其他个人按照本条规定的计税方法向不动产所在地主管地税机关申报纳税。”

第五条规定：“个人转让其购买的住房，按照以下规定缴纳增值税：

（一）个人转让其购买的住房，按照有关规定全额缴纳增值税的，以取得的全部价款和价外费用为销售额，按照 5% 的征收率计算应纳税额。

（二）个人转让其购买的住房，按照有关规定差额缴纳增值税的，以取得的全部价款和价外费用扣除购买住房价款后的余额为销售额，按照 5% 的征收率计算应纳税额。

个体工商户应按照本条规定的计税方法向住房所在地主管地税机关预缴税款，向机构所在地主管国税机关申报纳税；其他个人应按照本条规定的计税方法向住房所在地主管地税机关申报纳税。”

第六条规定：“其他个人以外的纳税人转让其取得的不动产，区分以下情形计算应向不动产所在地主管地税机关预缴的税款：

（一）以转让不动产取得的全部价款和价外费用作为预缴税款计算依据的，计算公式为：

应预缴税款 = 全部价款和价外费用 ÷（1 + 5%）×5%

（二）以转让不动产取得的全部价款和价外费用扣除不动产购置原价或者取得不动产时的作价后的余额作为预缴税款计算依据的，计算公式为：

应预缴税款 =（全部价款和价外费用 − 不动产购置原价或者取得不动产时的作价）÷（1 + 5%）×5%”

第七条规定：“其他个人转让其取得的不动产，按照本办法第六条规定的计算方法计算应纳税额并向不动产所在地主管地税机关申报纳税。”

第十条规定：“小规模纳税人转让其取得的不动产，不能自行开具增值税发票的，可向不动产所在地主管地税机关申请代开。”

第十一条规定：“纳税人向其他个人转让其取得的不动产，不得开具或申请代开增值税专用发票。”

【疑难问题1－6】在2016年5月1日营改增全面试点后，投资者以无形资产、不动产等非货币性资产投资时，如何有效进行增值税纳税筹划？

根据《财政部 国家税务总局关于股权转让等有关营业税问题的通知》（财税［2002］191号）第一条的规定："以无形资产、不动产投资入股，参与接受投资方利润分配，共同承担投资风险的行为，不征收营业税。"因此，企业以无形资产、不动产等非货币性资产投资不征收营业税。同时，财税［2002］191号第二条还规定："对股权转让不征收营业税。"因此，以不动产、无形资产投资形成的股权，在其转让时，仍然无需缴纳营业税。同时，如果以不动产、无形资产投资并非"参与分配、共担风险"，则依据《国家税务总局关于以不动产或无形资产投资入股收取固定利润征收营业税问题的批复》（国税函发［1997］490号）的规定："……以不动产或无形资产投资入股，与投资方不共同承担风险，收取固定利润的行为，应区别以下两种情况征收营业税：以不动产，土地使用权投资入股，收取固定利润的，属于将场地，房屋等转让他人使用的业务，应按'服务业'税目中'租赁业'项目征收营业税；以商标权，专利权，非专利技术，著作权，商誉等投资入股，收取固定利润的，属于转让无形资产使用权的行为，应按'转让无形资产'税目征收营业税。"显然，根据36号文的规定，在2016年5月1日营改增全面试点之后，财税［2002］191号和国税函发［1997］490号自2016年5月1日起将不再适用。

如前所述，在2016年5月1日之后，投资人以无形资产、不动产等非货币性资产投资需要缴纳增值税。而且，基于增值税的基本原理显然与营业税的全额征收的原理完全不同，为保持抵扣链条的完整，国家很可能不会出台有关投资的增值税免税政策。基于此，我们是否有办法来对投资时的增值税进行有效筹划呢？答案是肯定的。笔者以非房地产企业以房地产投资为例来进行说明。实践中，完全可以通过36号文附件2《营改增试点事项规定》第一条第（二）项第5点规定："在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人，其中涉及的不动产、土地使用权转让行为。"来进行筹划。主要的思路如下：

（1）将投资者以不动产、土地使用权的投资行为转换为资产重组行为（包括但不限于企业合并、分立、出售、置换等方式）；

（2）属于新设投资的，投资者可以先以少部分现金设立公司，再以该公司的名义进行资产重组；属于增资的，可以直接以该公司的名义进行资产重组。

还可以视情况采取股权转让、企业合并、分立等方式进行；

（3）将拟投资的不动产、土地使用权与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让。不满足前述条件的，投资者应创造条件。

五、房地产投资的土地增值税问题

在《财政部 国家税务总局关于企业改制重组有关土地增值税政策的通知》（财税［2015］5号，下称“5号文”）出台之前，实践中，我们一般依据已被5号文所废止的《财政部、国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知》（财税字［1995］48号，下称“48号文”）第一条①和《财政部 国家税务总局关于土地增值税若干问题的通知》（财税［2006］21号，下称“21号文”）第五条②的规定来处理企业以房地产投资涉及的土地增值税问题。但5号文出台之后，前述48号文第一条和21号文第五条被废止，不能再作为政策的依据，而5号文第四条规定：“单位、个人在改制重组时以国有土地、房屋进行投资，对其将国有土地、房屋权属转移、变更到被投资的企业，暂不征土地增值税。”第五条规定，“上述改制重组有关土地增值税政策不适用于房地产开发企业”。如何理解和适用5号文第四条和第五条的规定？笔者认为，需要注意如下两点：

一是，必须是“改制重组时”。按照5号文条款的逻辑来理解，此处的“改制重组”应仅指5号文第一至三条规定的非公司制企业改建和股份制改建、企业合并、企业分立三种情形，至于其第四条规定的“改制重组时以国有土地、房屋进行投资”的情形，在实务中引发了极大的争议，主要原因在于，该条“循环”引用了“改制重组”来进行界定。笔者认为，根据国家税务总局对5号文的解读精神来看，此处的“改制重组”应属多余。

二是，房地产开发企业不能适用上述改制重组有关土地增值税政策。

我们可以发现，如果非房地产企业以房地产进行投资时是否属于5号文规定的“改制重组”呢？按照5号文字面的描述应该是不属于，显然这属于5号

---

① 该条规定：“一、关于以房地产进行投资、联营的征免税问题 对于以房地产进行投资、联营的，投资、联营的一方以土地（房地产）作价入股进行投资或作为联营条件，将房地产转让到所投资、联营的企业中时，暂免征收土地增值税。对投资、联营企业将上述房地产再转让的，应征收土地增值税。”

② 该条规定：“五、关于以房地产进行投资或联营的征免税问题 对于以土地（房地产）作价入股进行投资或联营的，凡所投资、联营的企业从事房地产开发的，或者房地产开发企业以其建造的商品房进行投资和联营的，均不适用《财政部、国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知》（财税字〔1995〕048号）第一条暂免征收土地增值税的规定。”

文的一个不严谨的地方，因为如果这样理解和适用的话，5 号文不但不是一个“进步”而是一个“倒退”。但不论如何，只要投资企业或被投资企业任一家属于房地产企业的将不能适用 5 号文的规定。

六、房地产投资的契税问题

根据《中华人民共和国契税暂行条例实施细则》（下称“《契税暂行条例实施细则》”）第八条规定：“土地、房屋权属以下列方式转移的，视同土地使用权转让、房屋买卖或者房屋赠与征税：（一）以土地、房屋权属作价投资、入股；……”因此，对于投资人而言，不属于契税的纳税义务人；对于被投资企业而言，应按照 3% ~5% 的税率征收契税。

同时，根据《财政部 国家税务总局关于进一步支持企业事业单位改制重组有关契税政策的通知》（财税［2015］37 号，下称“37 号文”）还对某些特殊情形进行了规定，从 2015 年 1 月 1 日起至 2017 年 12 月 31 日期间执行：

“企业按照《中华人民共和国公司法》有关规定整体改制，包括非公司制企业改制为有限责任公司或股份有限公司，有限责任公司变更为股份有限公司，股份有限公司变更为有限责任公司，原企业投资主体存续并在改制（变更）后的公司中所持股权（股份）比例超过 75%，且改制（变更）后公司承继原企业权利、义务的，对改制（变更）后公司承受原企业土地、房屋权属，免征契税。”此条规定的 75% 股权比例的规定，实质对于“股改”公司在 IPO 之前引进部分战略投资者或 PE 投资者（不超过 25%）以满足增大股本或满足 IPO 对股本的要求时，显然是利好。

“对承受县级以上人民政府或国有资产管理部门按规定进行行政性调整、划转国有土地、房屋权属的单位，免征契税。

同一投资主体内部所属企业之间土地、房屋权属的划转，包括母公司与其全资子公司之间，同一公司所属全资子公司之间，同一自然人与其设立的个人独资企业、一人有限公司之间土地、房屋权属的划转，免征契税。”在实务中，颇具争议的是，对同一投资主体内部所属企业之间土地、房屋权属的划转是否包含投资或增资，各地税务机关对此认识不一。

“以出让方式或国家作价出资（入股）方式承受原改制重组企业、事业单位划拨用地的，不属上述规定的免税范围，对承受方应按规定征收契税。”

七、非货币性资产投资的印花税问题

企业投资行为可以分为新设企业和对现有企业增资两种方式。不论是新设

企业还是增资，会计核算上“实收资本”和/或“资本公积”增加，记载资金的账簿按照“实收资本”和“资本公积”之和的万分之五贴花；对于以固定资产新设企业或增资的，对产权转移书据征收印花税；同时，企业设立或增资过程中的各种合同等，也需要缴纳印花税。

需要特别注意的是，根据《国家税务局关于印花税若干具体问题的解释和规定的通知》(国税函发［1991］155 号) 第十条规定：

“十、‘产权转移书据’税目中‘财产所有权’转移书据的征税范围如何划定？

‘财产所有权’转移书据的征税范围是：经政府管理机关登记注册的动产、不动产的所有权转移所立的书据，以及企业股权转让所立的书据。”

因此，如果投资人投入的是诸如需要办理财产所有权转移登记手续的特种设备、房地产、商标、专利等非货币性资产的，应按照“产权转移书据”税目，按所载金额万分之五贴花；如果投入的是不需要办理财产所有权转移登记手续的动产等，则不贴花，但专有技术使用权除外。

专题 2：不公允增资的所得税问题

内容概览

在投资人以货币财产进行投资时，一般不视为应税事件。但在理论和实践中，对于增资人不公允增资导致的股权比例与实际投入资本公允价值并不匹配时，增资人或原股东是否产生纳税义务以及如何进行征税则存在较大的争议。本专题在分析有关法律法规规定的基础上，结合理论和实务，对此问题提出解决建议。本专题包含如下内容：

■ 不公允增资的概念与情形

■ 不公允增资的所得税税务处理——两种方式的选择

■ 不公允增资的新型案例分析——以雄震矿业（600711）增资案为视角

一、不公允增资的概念与情形

（一）不公允增资的概念

所谓不公允增资通常是指增人增资时报入资本与其增资后在被投资公司应享有的股权比例不相吻合的情形。谈及不公允增资，我们不得不先从公司（主要针对有限责任公司）如何增资以及如何计算股权比例谈起。实践中，增资人对有限责任公司增资，需要确定两个事项：增资计价基准日和目标公司在该基准日的价值。对于前者，我们一般会选择在某个会计期间的期末来作为目标公司审计基准日和评估基准日。譬如，2015 年 6 月 30 日；对于后者，我们一般采用净资产“评估作价法”来确定目标公司的价值。所谓“评估作价法”是指以资产和负债评估的价格作为依据计算股权价格的方法。在这两个问题明确之后，如果在确定了增资额后，就需要在此基础上，计算确定增资人在目标公司所占股权比例。让我们以如下例子来进行说明：

【例 2－1】增资方如何进行公允增资？

假定，X 有限公司由 A 和 B 两个人分别持有 80% 和 20% 的股权，X 公司注

册资本为1000万元。因为需要资金和引进管理经验的原因，A、B以及X公司计划引进新的合作伙伴C个人。经过协商，各方确定以2015年6月30日作为增资计价基准日并按照基准日的净资产评估价值确定目标公司价值。在计价基准日，经评估后的X公司净资产价值为1500万元（假定，账面价值1500万元，其中实收资本1000万元，留存收益500万元）。C计划增资500万元。则，增资后，A、B和C在X公司的股权比例分别为多少？

【解析】 A、B和C以确定的增资计价基准日的净资产评估价值和C计划增资额为基准来计算各自的持股比例。计算如下：

增资后C股权比例＝500/（1500＋500）＝500/2000＝25%

增资后A股权比例＝1500×80%/（1500＋500）＝1200/2000＝60%

增资后B股权比例＝1500×20%/（1500＋500）＝300/2000＝15%

增资后X的注册资本＝1000/（1－25%）＝1333.33（万元）

其中，C投入的500万元中的333.33万元计入X公司的“实收资本”账户（增加注册资本333.33万元），剩余的166.67万元计入“资本公积（资本溢价）”账户。

（二）不公允增资的情形

在实践中，不公允增资通常是针对有限责任公司而言，并且主要存在两种情形：一是，增资方按高于目标公司每股净资产公允价值增资，导致的结果是增资人输送利益给目标公司原股东；二是，增资人按低于目标公司每股净资产公允价值增资，导致的结果是目标公司原股东输送利益给增资人。

从上述【例2－1】可以看出，在独立增资交易中，增资人和目标公司的原股东应当在目标公司净资产的公允价值基础之上来计算确定各自的股权比例。如果增资人或者目标公司的原股东基于各种原因并不按照前述原则来计算确定各自的股权比例的话，则可能导致增资人或者目标公司的原股东向对方“输送利益”的情况。让我们在【例2－1】基础上来进行说明：

【例2－2】 不公允增资的情形。

基础资料同【例2－1】。

1. 增资人按高于目标公司每股净资产公允价值增资——增资人输送利益给目标公司原股东

假定，在增资时，A、B和C最终商定的股权比例为72%、18%和10%。则，增资后，A享有权益金额＝（1500＋500）×72%＝1440（万元）；B享有权益金额＝（1500＋500）×18%＝360（万元）；C享有权益金额＝（1500＋

500）×10% =200（万元）。我们可以发现，A 和 B 在增资后比增资前享有的权益金额合计增加了 300 万元（240 +60），这正好是 C 增资后享有权益金额比增资金额 500 万元减少的金额。在这种情形下，C 实质是以高于 X 公司每股净资产的公允价格在进行增资，按照 10% 的股权比例倒算回去，此时，X 公司的净资产公允价值 =500/10% -500 =4500（万元）>1500（万元）。

2. 增资人按低于目标公司每股净资产公允价值增资——目标公司原股东输送利益给增资人

假定，在增资时，A、B 和 C 最终商定的股权比例为 56%、14% 和 30%。则，增资后，A 享有权益金额 =（1500 +500）×56% =1120（万元）；B 享有权益金额 =（1500 +500）×14% =280（万元）；C 享有权益金额 =（1500 +500）×30% =600（万元）。我们可以发现，A 和 B 在增资后比增资前享有的权益金额合计减少了 100 万元（80 +20），这正好是 C 增资后享有权益金额比增资金额 500 万元多享有的金额。在这种情形下，C 实质是以低于 X 公司每股净资产的公允价格在进行增资，按照 30% 的股权比例倒算回去，此时，X 公司的净资产公允价值 =500/30% -500 =1166. 67（万元）<1500（万元）。

从上述【例 2 -2】可以概括得出，所谓“不公允增资”是指，增资人或者目标公司原股东基于各种原因，在增资交易中，并不按照独立交易原则确定各自在增资后目标公司享有的权益比例，从而实现了在目标公司形式上的权益比例与各自原有权益或者投入权益“背离”或“不一致”的情形。当然，我们讲，在公司法实践中，这样的权益划分属于股东意思自治的范畴，公司法并不干预。但在税法上，税法是否无视这种“间接的利益输送行为”呢？我国税法在理论、法规以及实践中都没有明确的规定。这正是本专题需要探讨的问题。

除了前述最常见的两种方式之后，在实践中，还出现了另外一种情形——即，雄震矿业（600711）增资案中的将部分增资金额转换为目标公司原股东放弃“增资优先购买权”而获得补偿的情形。我们将在本专题第三部分详细讨论该案例及其税务处理。

二、不公允增资的所得税处理——两种方式的选择

鉴于我国所得税法并没有对不公允增资如何进行税务处理进行明确的规定，特别是个人所得税法更没有一般反避税条款，因此，在实践中，如何进行处理成为了一个“模糊”地带。在理论和实践中，存在两种主要的观点：

观点一：对于不公允增资的利益输送方（可能是目标公司的原股东，也可

能是增资人)，基于反避税的要求，对按照公允增资计算的股权比例与实际享有的股权比例之间的差额份额部分视为股权转让行为，在增资环节对转让方征税；

观点二：不论是否存在不公允增资，在增资环节不视为股权转让行为，对于目标公司原股东或者增资人而言，未实现所得，不征税，在后续目标公司减资/撤资、清算或股东转让股权实现所得时征税。

下面笔者针对上述两种观点来展开讨论。

（一）对不公允增资，在增资环节对利益输送方按视同股权转让征税

持这种观点的主要是税务机关，基于反避税的考虑，认为纳税人（尤其是个人）会通过不公允增资方式实现利益的输送。实践中，典型的例子是宁波地税在2014年所得税问答中所持的立场和态度：

“8. 问：企业增资，尤其是不同比例的增资情形，引起原股东股本结构发生变化，经咨询工商部门，其认为该行为不是股权转让，个人所得税如何处理？

答：1. 对于以大于或等于公司每股净资产公允价值的价格增资行为，不属于股权转让行为，不征个人所得税。

上述行为中其高于每股净资产账面价值部分应计入资本公积，对于股份制企业，该部分资本公积在以后转增资本时不征收个人所得税；对于其他所有制企业，该部分资本公积转增资本时应按照‘利息、股息、红利个人所得税’税目征收个人所得税。

2. 对于以平价增资或以低于每股净资产公允价值的价格增资行为，原股东实际占有的公司净资产公允价值发生转移的部分应视同转让行为，应依税法相关规定征收个人所得税。”

宁波地税的上述政策回答将增资分为两种情况：一是以大于或等于目标公司每股净资产公允价值的价格增资行为；二是以平价增资或以低于每股净资产公允价值的价格增资行为。对于第一种情况，宁波地税明确不征收个人所得税，对于第二种情况，宁波地税明确应征收个人所得税。

当然，有学者在此基础上也提出了进一步的细分处理方法：“对于不公允出资的税务处理问题，给大家提供另外一种更合理的处理思路，就是将不公允出资先按公允出资的思路处理，然后比较这两种处理方式之间差异的原因，对差异原因进行定性后进行处理。”、“如果双方说明不出任何理由，或无法提供合理的理由，税务机关则可以按一方对另一方的股份赠与进行相应的税务处理则可

以解决不公允出资税务问题。”[①]

笔者不完全认同上述观点。因为，不论是宁波地税简单的“二分法”税务处理，或者在此基础之上的再细分处理方法，在理论和实践上都面临极大的障碍。主要理由包括如下几点：

1. 对于不公允增资，在增资环节对目标公司股东或者增资人（以下合称“利益输送方”）征收所得税，违反了所得税法的一个基本原则——“所得实现”原则。我们讲，所得税法上的“所得实现”原则不同于经济学上的“经济所得”原则。后者只要是个人取得的财富的增加即为其所得，典型的例子就是财产的“浮盈”所得属于经济所得。譬如，个人持有的股票的市价的浮盈属于经济所得，但并不属于所得税法上实现的所得。所得税法上的“所得实现”通常带来的后果是：[②]（1）个人财富有效的实质增加；（2）财富的增加已经明确地实现；（3）个人纳税人对财富的增加具有完全的控制权，或者说没有任何实质性的限制或约束。同时，实现原则一般意味着：（1）个人与其他主体之间的一个财产（货物）或劳务的交换或处置的发生；（2）在该交换或处置中，个人获得了财产（现金、非现金资产等）的价值能够可靠地计量和确定（前述明确地实现原则实质已经隐含了该要求）。

那么，在不公允增资中，利益输送方是否实现了所得呢？笔者认为，股东实现所得的途径无外乎四条：（1）从被投资企业取得股息分配（当然，税法上如果采用交易分解理论的话，则可能存在视同股息分配）；（2）被投资企业清算分配；（3）股东减资或撤资；（4）股东转让、处置或交换持有的股权资产。前三种途径是股东与被投资企业之间的交易，第四种途径是财产的处置或出售，属于与其他主体（包括现有股东或其他第三人）之间的交易。从此意义上讲，在不公允增资（其实是所有增资交易）中，股东层面并未实现任何所得，因为他的财富并没有实质增加（股权对应的权益并没有实质增加），同时由于持有的是股权，其转移资产财富的所有权属于被投资企业，受到实质性限制。

2. 在增资环节征税混淆了法人所得税制和合伙所得税制。我们讲，企业所得税制度一般奉行法人所得税制度（集团合并纳税制度除外），即是说企业是企业所得税法的纳税主体，个人股东是个人所得税的纳税主体，如果因为企业本

---

① 赵国庆：“不公允出资究竟应该如何进行税务处理——对宁波地税 2014 年所得税问答几个亮点问题的思考（二）”，郑州财税网，www. dcetax. com。

② 笔者注：这实质就是美国普通法判例所确定的所得实现的“三分支”界定法。See Commissioner v. Glenshaw Glass Co. , 348 U. S. 426（1955）.

身内部净资产的转移就视为个人股东的实现所得，则意味着将企业法人予以忽略，视企业法人为“透明体”，而将个人股东享有的被投资企业的权益份额直接划分给了个人股东，而这恰恰是合伙税制的特点，显然在企业法人所得税制中应该区分企业法人的财产和股东个人的财产。

3. 从个人所得税法规定来看，并无一般反避税条款的规定，采实质重于形式否定法律形式而认定为视同股权转让，可能“于法无据”。在实践中，也不好立案、调查，执法难度和风险都很大。

让我们在【例2－1】、【例2－2】的基础上来展开讨论。

【例2－3】不公允增资中，利益输送方是否实现了所得？

有关资料参见【例2－1】、【例2－2】。

1. 高于目标公司每股净资产公允价值增资

在该情形下，C在增资中，实际享有的权益减少了300万元，相当于转移给了X公司原股东A和B，按照宁波地税的立场，此时，不属于股权转让行为，不征个人所得税。

2. 平价增资或低于目标公司每股净资产公允价值增资

在该情形下，X公司原股东A和B在增资中，将实际占有的X公司净资产公允价值100万元转移给了C，按照宁波地税的立场，应该视同为A和B转让了本应合计享有的5%股权转让给了C，视同股权转让所得＝100－1000×（75%－60%）/75%＝100－66.67＝33.33（万元）。同时，应调减持有的股权原值66.67万元。

从税法原理来分析，X公司内部的“净资产转移”仅仅按照股东享有的权益比例间接计算得出，并没有真实的实现。因此对于股东而言，在X公司减资/撤资、清算或者进行股权处置之前，并没有实质取得任何所得。不应对股东征收所得税。从此意义上讲，宁波地税是混淆了法人所得税制的基本原则，并且在个人股东没有实质取得任何所得以及不存在任何法律形式上的股权转让交易，且没有一般反避税法律规定的情况下，人为地视同股权转让征收个人所得税，存在非法征收的嫌疑。

（二）对不公允增资，在公司减资/撤资、清算或者股东处置股权时征税

既然笔者不赞同在增资环节征税，显然是赞同第二种观点的。那么，读者也许会问，如果真的存在通过增资交易的“利益输送”行为的话，这岂不是造成了国家税收的流失？笔者认为，并不会出现这样的结果。我们在【例2－3】的基础上来展开讨论。

【例2－4】不公允增资中，如果不在增资环节征税是否导致税收流失？

让我们在【例2－3】第二种情形基础上来展开分析。

对于X公司的原股东A和B而言，其最初投资时股权的原值合计为1000万元，如果在不公允增资时，不对他们转移的净资产公允价值部分100万元征税，则其股权的原值仍然为1000万元。假定，A和B以1400万元（1120＋280）的价格转让了70%X公司股权给D个人，则股权转让所得＝1400－1000＝400（万元）。但同时，如果C以600万元转让持有的30%X公司股权的话，则股权转让所得＝600－500＝100（万元），两者合计500万元，与A和B增资前直接转让持有的100%X公司股权转让所得500万元相等（1500－1000）。因此，从总体上看，国家的税收并没有流失，只不过从A和B转移到C手中缴纳。另外一个区别在于，一个是在增资环节对A和B征税，一个是在股权转让环节对C征收而已。

除了个人股东之间的“利益输送”之外，实践中，还可能存在个人股东向企业股东进行“利益输送”的行为。那么，此类行为是否可以利用居民企业之间免税股息政策逃避国家税收的行为呢？让我们做如下分析：

【疑难问题2－1】不公允增资中，如果个人股东向企业股东“利益输送”，是否会导致避税行为的产生？

让我们在【例2－4】基础上继续讨论。

假定，C个人替换为C公司。增资后，C公司依然以600万元的价格转让持有的30%X公司股权。根据《国家税务总局关于贯彻落实企业所得税法若干税收问题的通知》（国税函［2010］79号）第三条的规定：“企业在计算股权转让所得时，不得扣除被投资企业未分配利润等股东留存收益中按该项股权所可能分配的金额。”因此，C公司股权转让所得＝600－500＝100（万元），与前述讨论时并无变化。但需要注意的是，如果X公司在股权转让之前通过利润分配的方式先将未分配利润进行分配的话，则结果就可能不一样了。因为A和B个人股东可能将“净资产公允价值”输送转移给C公司后通过“免税股息”的方式抽走。让我们分析如下：

增资后，X公司净资产账面价值从1500万变为了2000万。其中，实收资本1428.57万元［1000/（56%＋14%）］，资本公积（溢价）71.43万元［500－1428.57×30%］，留存收益500万。净资产的公允价值为2000万。但是，我们知道，C公司投入的500万进入了实收资本及资本公积（溢价）并不能用于利润分配，能用于利润分配的依然是原账面价值500万。其中，C公司享有份额＝500×30%＝150（万元），实际应享有份额＝500×500/2000＝125（万元），多

享有了25万元。按照企业所得税的规定，该25万元对于C公司属于免税股息，C公司通过免税股息分配将输送的100万元净资产利益中的25万元抽走了。如果，此时C公司再将其持有的股权转让的话，则所得＝（2000－500）×30%－500＝450－500＝－50（万元），所以，C通过利润分配和转股将完全免税地回收了投资成本500万元和输送的100万元（450＋150），并且还可以享受50万元的投资损失。

笔者认为，出现上面情形的根本原因在于，就像我们在正常的“先分配后转股”的税收筹划中分析的那样，对于股权出让方C公司而言，本身就可以因先利润分配而获得的税收利益（只不过夹带了多享有股权比例对应的那部分留存收益，而减少了个人股东的部分）。对于本案例而言，其实质有点类似于股东之间不按照股权比例进行利润分配所获得效果。也就是说，即使增资中不存在不公允，但是，如果A、B和C之间不按照股权比例进行分红（按有利于C公司的方式分红），同样会存在这样的问题。如果对于后者，税法也给予免税待遇的话，当事方为什么要采用不公允增资来操作呢？完全可以按照后者进行操作。

从上述讨论可以看出，如果存在个人股东向企业股东通过不公允增资进行利益输送的话，则税法上应该针对企业股东的利润分配采用一般反避税原则来综合审查，以发现不公允增资背后是否存在其他的“隐藏”的交易而通过不公允增资的方式来规避国家税收。有关不按股权比例进行分红的反避税的内容，请读者参阅本书“专题29：不按股权比例分红的所得税问题”。

三、不公允增资的新型案例分析——以雄震矿业（600711）增资案为视角

在实践中，除了前述的直接调整目标公司原股东和增资方之间的权益比例从而实现间接的“利益输送”的不公允增资之外，还出现了另外一种不公允增资的方式，即雄震矿业（600711）增资案中的将部分增资金额转换为目标公司原股东放弃“增资优先购买权”而获得补偿的情形。让我们对该案例进行讨论。

【例2－5】不公允增资中，通过放弃“增资优先购买权”获得补偿是否存在避税行为——以雄震矿业（600711）增资案为视角。

案情背景：

雄震矿业（600711）2011年5月30日发布的增资并购公告披露：[1]

① 参见《厦门雄震矿业集团股份有限公司关于通过增资取得克什克腾旗风驰矿业有限责任公司控股权的公告》，公告编号：临2011－27，2011年5月30日。

“本公司拟通过增资取得克什克腾旗风驰矿业有限责任公司（以下简称‘风驰矿业’）70%股权，公司将支付给风驰矿业原股东（唐泉、唐纯、唐德仁）共计人民币11134.5万元（含税），作为其放弃认购增资的补偿款；另支付人民币4540万元对风驰矿业增资。增资后风驰矿业注册资本确定为2200万元，其中本公司占风驰矿业70%股权。溢价3000万元形成风驰矿业资本公积。”

“根据中威正信（北京）资产评估有限公司出具的中威正信评报字（2011）第1029号评估报告，截至评估基准日2011年3月31日，风驰矿业整体股东权益评估采用资产基础法，评估价值为18769.82万元，对应70%股权的价值为13138.87万元。本次交易公司取得风驰矿业70%股权，将支付给原股东补偿款11134.5万元（含税），对风驰矿业增资款4540万元，共15674.5万元。”

“2011年5月27日，风驰矿业的股东唐泉经股东唐德仁和股东唐纯的公证授权委托，代表风驰矿业的全体股东（‘甲方’）与雄震矿业（‘乙方’）签署《唐泉、唐纯、唐德仁与厦门雄震矿业集团股份有限公司关于厦门雄震矿业集团股份有限公司增资控股克什克腾旗风驰矿业有限责任公司的协议书》。该协议主要条款约定：（1）雄震矿业以增资的方式，实现对风驰矿业的控股。风驰矿业目前注册资金为660万元。雄震矿业出资4540万元对风驰矿业进行溢价增资，增资后注册资本确定为2200万元，其中雄震矿业占风驰矿业70%股权。溢价3000万元形成风驰矿业资本公积；（2）合作双方同意本次雄震矿业增资控股风驰矿业70%股权应向甲方支付人民币约11134.5万元（税前），作为甲方放弃认购增资的补偿款，其中包括雄震矿业支付给甲方的补偿款9000万元（税后）及因本次交易涉及的所得税约2134.5万元（最终应缴纳所得税金额，以克什克腾旗地方税务局认定的金额为准）。雄震矿业将对甲方因本次交易所应承担的税收进行代扣代缴，并在克什克腾旗缴交；（3）本协议签订并生效之日起七日内，雄震矿业向甲方支付首期补偿款6600万元（税后），甲方收到该笔款项的同时，无条件配合乙方完成对风驰矿业的增资的所有手续，包括但不限于：修改章程、签订相关法律文件、改组风驰矿业组织机构（设立董事会。董事会由三人组成，乙方委派二人，甲方委派一人；董事长及法定代表人由乙方委派担任）、办理增资变更登记手续、工作和文件的交接。（4）本协议经风驰矿业股东会同意，并放弃优先认购权以及雄震矿业董事会批准方可生效。”

【评析】

1. 目标公司风驰矿业增资时公允价值的计算

从上述公告的信息披露，我们可以得出：

（1）雄震矿业增资额4540万元中的1540万元计入了注册资本，则增资前风驰矿业注册资本＝2200－1540＝660（万元）。风驰矿业的会计处理为：

借：银行存款　　4540

贷：实收资本——雄震矿业　　1540

　　资本公积——资本溢价　　3000

（2）如何计算风驰矿业增资时的公允价值呢？思路是，假定这是一个正常的增资行为，即雄震矿业投入15674.5万元直接进行增资，增资后雄震矿业可以获得70%的股权，原股东股权被稀释到30%。假定，增资计算股权比例时原股东持有的企业的公允价值为X（实质是分割交易后的剩余公允价值，见下文）则：

15674.5/（15674.5＋X）＝70%

解得：X＝6717.64（万元）

再加上11134.5就得到17852万元。

如果直接在分割交易情形下计算，假定风驰矿业增资时的公允价值为X，则：

（X－11134.5）/30%＝4540＋X

解得：X＝17852，相当于先从公允价值中扣除支付给股东的补偿款11134.5万元，用剩余的公允价值与增资方去计算股权比例。剩余价值为6717.64万元，此时，原股东股权比例＝6717.64/（6717.64＋15674.5）＝30%。

实际操作中，雄震矿业采取了分割交易：（a）支付给原股东放弃增资优先认购权的补偿款11134.5万元（含税）；（b）向风驰矿业增资4540万元。因此，雄震矿业实际投入4540按照正常的独立交易来看应取得的股权比例＝4540/（4540＋17852）＝4540/22392＝20%，但股东之间约定为70%。

2. 目标公司风驰矿业原股东个人所得税负的计算

由于增资后，风驰矿业原股东持有的股权比例为30%，但按照风驰矿业的公允价值计算应持有的股权比例为80%，因此按照视同股权转让进行税务处理如下：

50%的股权转让收入＝11134.5（万元）

50%的股权计税基础＝660×5/8＝413（万元）

50%的股权转让所得＝11134.5－413＝10721.5（万元）

个人所得税＝10721.5×20%＝2144.3（万元）[①]

① 笔者注：根据公告披露的数据来看，增资方雄震矿业支付给风驰矿业原股东放弃优先购买权的价款11,134.5万元。其中，代扣代缴的税款为2,134.5万元。按照视同股权转让的价款计算的税款与披露的税款存在计算尾数差异。

雄震矿业取得风驰矿业20%股权的对价4540万元，其另外支付的11134.5万元价款取得风驰矿业50%股权。因此，雄震矿业取得风驰矿业70%股权的计税基础应为15674.5万元。

显然，根据公开的披露信息，克什克腾旗地方税务局是按照上述思路在进行个人所得税的征收。

3. 另外一种征税的思路——风驰矿业原股东放弃股权中的“增资优先认购权”视为“财产权让与”

如前所述，在不公允增资中，如果按照一般反避税原则并视同股权转让行为来按照“财产转让”税目计征个人所得税，税务机关可能会存在极大的税务风险，可能会进入“于法无据”的境地。笔者基于公司法有关股权中财产权让与的视角，提供另外一种征税的思路。即，将风驰矿业原股东放弃股权中的“增资优先认购权”视为对该财产权利的放弃而直接获得了补偿（收入），按照个人所得税法中的“财产转让”税目直接计征个人所得税。

（1）增资时不按照投资比例约定股权比例的公司法实践

雄震矿业增资案是一个典型的有限责任公司股东出资比例和持股比例不一致的案例。我们知道，《公司法》第三十四条规定：“股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”实际上这是公司法对股东可以自由约定分红比例的规定。但实践中，还出现了另外一种特别的情形。即，有限责任公司的股东约定不按实际出资比例持有股权的情形。这个时候公司法并没有进行明确的规定，那么，如何认定这样的约定的法律效力呢？其实，司法实践中是一定程度上认可这种约定的。在最高人民法院公布的指导案例——深圳市启迪信息技术有限公司与郑州国华投资有限公司、开封市豫信企业管理咨询有限公司、珠海科美教育投资有限公司股权确认纠纷案①中就予以了明确。该案的裁判摘要如下：

在公司注册资本符合法定要求的情况下，各股东的实际出资数额和持有股权比例应属于公司股东意思自治的范畴。股东持有股权的比例一般与其实际出资比例一致，但有限责任公司的全体股东内部也可以约定不按实际出资比例持有股权，这样的约定并不影响公司资本对公司债权担保等对外基本功能实现。如该约定是各方当事人的真实意思表示，且未损害他人的利益，不违反法律和

① 案例选自《最高人民法院公报》2012年第1期，最高人民法院民事判决书（2011）民提字第6号。

行政法规的规定，应属有效，股东按照约定持有的股权应当受到法律的保护。

因此，从公司法实践来看，雄震矿业增资风驰矿业，从实际出资本应占比例为20%约定为70%并不违反法律规定。

（2）按照财产权让与如何征税？

①对于原股东取得的补偿款11134.5万元直接按照股东财产权利转让取得收入征税，由于增资优先认购权没有税法上的计税基础或原值或者视为0处理。即，所得为11134.5万元。

②对于原股东持有的增资后公司的30%股权，其价值为6717.64万元，股权计税基础保持660万元不变。如果转让，则所得=6717.64－660=6117.64（万元）。

合计：11134.5+6117.64=17252（万元）

从总体税负上来分析：假定原股东直接转让其持有的风驰矿业100%股权，该股权价值以风驰矿业的公允价值来确定，则股权转让所得=17852－660=17252（万元），与上述的分割交易计算的税负是相等的。

公司法和税法原理：按照财产权让与征税的处理，并不突破企业独立法人人格（与股东相区别）的基本事实，同时也不对“虚拟”或“视同”的股权转让交易进行征税（因为形式上看并没有转股交易，企业也没有转股的股权变更手续，仅有增资股权变更登记手续），而直接对股东放弃增资优先认购权征收“财产转让”税。因为从公司法原理来看，股东增资优先认购权是股东权利中财产权利（“自益权”）中的一种，可以依法放弃，当然该权利只有在出现增资时才存在，有其前提，它是有限责任公司保持“人合”性质的内在要求和立法价值取向，与其他财产权利（比如，利润分配权、剩余财产索取权）还有所区别，但都是基于股东身份而获得之权利。同时，从交易来看，就是股东与增资方对该权利的一种处置合意，即你放弃该权利，我给你补偿，法律对此并没有强制性禁止规定，应属可以。只是在税法上，该权利并不单独存在计税基础或者财产原值。股权的计税基础或原值只有在整个股权转让或处置时，才跟随一并扣除，这也简化了税务处理（不需要股权计税基础或原值的备查簿）。

从上述税法实践已经看出，我国税法针对不公允增资的所得税税务处理并没有明确的国家层面的规定，仅仅在部分地方层面以政策或解答的方式来予以明确，却并不统一，而且对不公允增资中可能的“避税”行为也缺乏深入的研究和分析，这应该是我国税法亟待完善和解决的一个问题。

专题3：资本公积、留存收益转增的所得税问题

内容概览

实践中，除外部增资外，还存在一种特殊的内部增资行为，即企业以资本公积、留存收益转增资本或股本的行为。这种转增行为如何进行所得税处理，特别是涉及个人股东时，我国税法规定显得略为复杂且不统一。从理论和实践来看，亦颇多争议。本专题包含如下内容：

- 资本公积、留存收益转增的概念和涵义
- 我国资本公积、留存收益转增的所得税政策
- 资本公积、留存收益转增所得税原理及其应用
- 对企业股东的股票股息的企业所得税处理

一、资本公积、留存收益转增的概念和涵义

公司增加注册资本有两种途径：一是吸收外来新资本，包括新股东的新投资或者公司原股东追加投资；二是用未分配利润、盈余公积（以下合称“留存收益”）和资本公积转增资本。在专题1和专题2中，我们介绍了第一种途径，在此我们介绍后一种途径。

（一）留存收益转增资本

公司的留存收益体现为公司的盈余公积和未分配利润，留存收益转增资本包括盈余公积转增资本和未分配利润转增资本两种情况。在现行公司法下，盈余公积分为两种：一是法定盈余公积。公司的法定盈余公积按照税后利润的10%提取，法定盈余公积累计额已达注册资本50%时可以不再提取；二是任意公积金。任意公积金主要是公司按照股东（大）会的决议提取。法定盈余公积和任意公积金的区别就在于其各自计提的依据不同。前者以国家的法律或行政法规为依据提取；后者则由公司自行决定提取。《公司法》第一百六十六条规定：“公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积

金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的，可以不再提取。公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照前款规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。公司从税后利润中提取法定公积金后，经股东会或者股东大会决议，还可以从税后利润中提取任意公积金。公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第三十四条的规定分配；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。股东会、股东大会或者董事会违反前款规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。公司持有的本公司股份不得分配利润。”第一百六十八条规定：“公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。但是，资本公积金不得用于弥补公司的亏损。法定公积金转为资本时，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的百分之二十五。”

从上述规定可以看出，未分配利润转增资本的前提条件是弥补亏损和提取公积金之后有剩余可分配利润。盈余公积的作用主要包括以下几种：弥补亏损、扩大公司生产经营和增加公司资本。需要注意的是，法定盈余公积金转增资本时，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的25%。

（二）资本公积转增资本

《公司法》第一百六十八条规定：“公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。但是，资本公积金不得用于弥补公司的亏损。法定公积金转为资本时，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的百分之二十五。”从前述规定可以看出，《公司法》规定的公积金系指法定盈余公积金和资本公积金。其中，法定公积金系指法定盈余公积。同时，《公司法》第一百六十八条禁止用资本公积金弥补亏损，其立法本意在于：资本公积金主要是资本溢价形成，是企业所有者投资的一部分，具有资本的属性；如果用资本公积金直接补亏，实质上是对资本的抽回，而从程序上看，资本公积金弥补亏损仅需要通过股东（大）会审议通过后即可实施，不需通知债权人，势必对债权人权益造成损害。因此，为了保护债权人的合法权益，防止股东通过资本公积补亏形式变相抽回投资，《公司法》规定“资本公积金不得用于弥补公司的亏损”有其必要。

二、我国资本公积、留存收益转增的所得税政策

对于留存收益、资本公积转增的所得税问题一直是颇具争议的问题，特别

是针对股份有限公司和有限责任公司，以及法人股东和自然人股东的不同而在政策上有所区别。

（一）资本公积、留存收益转增的企业所得税政策

资本公积、留存收益转增涉及的企业所得税法律法规和政策文件主要包括《企业所得税法》、《企业所得税法实施条例》、《财政部 国家税务总局关于企业所得税若干优惠政策的通知》（财税［2008］1 号）和 2010 年 2 月发布的《国家税务总局关于贯彻落实企业所得税法若干税收问题的通知》（国税函［2010］79 号）。有关具体规定如下：

财税［2008］1 号第四条“关于外国投资者从外商投资企业取得利润的优惠政策”规定：“2008 年 1 月 1 日之前外商投资企业形成的累积未分配利润，在 2008 年以后分配给外国投资者的，免征企业所得税；2008 年及以后年度外商投资企业新增利润分配给外国投资者的，依法缴纳企业所得税。”

国税函［2010］79 号第四条“关于股息、红利等权益性投资收益收入确认问题”规定：“企业权益性投资取得股息、红利等收入，应以被投资企业股东会或股东大会作出利润分配或转股决定的日期，确定收入的实现。

被投资企业将股权（票）溢价所形成的资本公积转为股本的，不作为投资方企业的股息、红利收入，投资方企业也不得增加该项长期投资的计税基础。”

《企业所得税法》第二十六条：“企业的下列收入为免税收入：……（二）符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益；……”

《企业所得税法实施条例》第八十三条：“企业所得税法第二十六条第（二）项所称符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益，是指居民企业直接投资于其他居民企业取得的投资收益。企业所得税法第二十六条第（二）项和第（三）项所称股息、红利等权益性投资收益，不包括连续持有居民企业公开发行并上市流通的股票不足 12 个月取得的投资收益。”

对于上述税收法规、政策的规定，需要注意如下几点：

1. 由于新《企业所得税法》于 2008 年 1 月 1 日生效实施，而旧的《外商投资企业和外国企业所得税法》给予外国投资者股息、红利分配免税的政策，根据新法不溯及既往的原则，财税［2008］1 号第四条给予 2008 年 1 月 1 日之前外商投资企业形成的累积未分配利润，在 2008 年以后分配给外国投资者的，免征企业所得税；2008 年及以后年度外商投资企业新增利润分配给外国投资者的，依法缴纳企业所得税。

2. 对于资本公积（溢价）转赠股本的，按照我国《公司法》和会计法规的

规定，由于其不属于利润分配，其转赠不视同为先利润分配给股东，股东再投资处理，股东不存在股息、红利收入。因此，国税函［2010］79号第四条规定，不作为投资方企业的股息、红利收入，投资方企业也不得增加该项长期投资的计税基础。

3. 对于留存收益转增的，按照税法的规定，将该交易分解为企业对股东先进行利润分配，股东取得股息、红利收入，再用该收入转增股本处理。但对于企业股东而言，根据《企业所得税法》及其实施条例的规定，符合条件的，对于居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益免于征税。

（二）资本公积、留存收益转增的个人所得税政策

资本公积、留存收益转增涉及的个人所得税法律法规和政策文件主要包括《个人所得税法》、《个人所得税法实施条例》、《财政部、国家税务总局关于个人所得税若干政策问题的通知》（财税字［1994］第020号）、《关于征收个人所得税若干问题的规定》（国税发［1994］089号）、《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发［1997］198号）、《国家税务总局关于原城市信用社在转制为城市合作银行过程中个人股增值所得应纳个人所得税的批复》（国税函［1998］289号）、《国家税务总局关于盈余公积金转增注册资本征收个人所得税问题的批复》（国税函发［1998］333号）、《财政部 国家税务总局关于将国家自主创新示范区有关税收试点政策推广到全国范围实施的通知》（财税［2015］116号，下称“116号文”）以及《国家税务总局关于股权奖励和转增股本个人所得税征管问题的公告》（国家税务总局公告2015年第80号，下称“80号公告”）。有关具体规定如下：

《个人所得税法》第五条规定：“特许权使用费所得，利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得，偶然所得和其他所得，适用比例税率，税率为百分之二十。”

财税字［1994］第020号第二条规定：“下列所得，暂免征收个人所得税：……（八）外籍个人从外商投资企业取得的股息、红利所得……”

国税发［1994］089号第十一条“关于派发红股的征税问题”规定：“股份制企业在分配股息、红利时，以股票形式向股东个人支付应得的股息、红利（即派发红股），应以派发红股的股票票面金额为收入额，按利息、股息、红利项目计征个人所得税。”

国税发［1997］198号规定：“一，股份制企业用资本公积金转增股本不属于股息、红利性质的分配，对个人取得的转增股本数额，不作为个人所得，不

征收个人所得税。

二，股份制企业用盈余公积金派发红股属于股息、红利性质的分配，对个人取得的红股数额，应作为个人所得征税。”

国税函［1998］289号规定：“二、《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发［1997］198号）中所表述的‘资本公积金’是指股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金。将此转增股本由个人取得的数额，不作为应税所得征收个人所得税。而与此不相符合的其他资本公积金分配个人所得部分，应当依法征收个人所得税。”

国税函发［1998］333号规定：“青岛路邦石油化工有限公司将从税后利润中提取的法定公积金和任意公积金转增注册资本，实际上是该公司将盈余公积金向股东分配了股息，红利，股东再以分得的股息，红利增加注册资本。

因此，依据《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发［1997］198号）精神，对属于个人股东分得再投入公司（转增注册资本）的部分应按照‘利息，股息，红利所得’项目征收个人所得税，税款由股份有限公司在有关部门批准增资，公司股东会决议通过后代扣代缴。”

116号文第三条“关于企业转增股本个人所得税政策”规定：

“1. 自2016年1月1日起，全国范围内的中小高新技术企业以未分配利润、盈余公积、资本公积向个人股东转增股本时，个人股东一次缴纳个人所得税确有困难的，可根据实际情况自行制定分期缴税计划，在不超过5个公历年度内（含）分期缴纳，并将有关资料报主管税务机关备案。

2. 个人股东获得转增的股本，应按照‘利息、股息、红利所得’项目，适用20%税率征收个人所得税。

……

6. 上市中小高新技术企业或在全国中小企业股份转让系统挂牌的中小高新技术企业向个人股东转增股本，股东应纳的个人所得税，继续按照现行有关股息红利差别化个人所得税政策执行，不适用本通知规定的分期纳税政策。”

80号公告第二条“关于转增股本”规定：

“（一）非上市及未在全国中小企业股份转让系统挂牌的中小高新技术企业以未分配利润、盈余公积、资本公积向个人股东转增股本，并符合财税［2015］116号文件有关规定的，纳税人可分期缴纳个人所得税；非上市及未在全国中小企业股份转让系统挂牌的其他企业转增股本，应及时代扣代缴个人所得税。

（二）上市公司或在全国中小企业股份转让系统挂牌的企业转增股本（不含以股票发行溢价形成的资本公积转增股本），按现行有关股息红利差别化政策执行。”

对于上述税收法规、政策的规定，需要注意的是，根据国税发［1997］198号、国税函［1998］289号和国税函发［1998］333号的规定，公司以“股票溢价”发行收入所形成的资本公积金转增股本的，个人股东所取得的转增股本数额，不作为个人所得，不征收个人所得税；公司以资本公积中的非股票发行溢价部分、盈余公积和未分配利润部分转增股本的，个人股东所得的转增股本数额，应作为个人所得征收个人所得税。但从80号公告的规定来看，则显然部分“否定”了前述两个文件的适用，笔者以下表3－1来展示：

表3－1：资本公积（溢价）转增涉及的个人所得税政策适用

	非上市及未挂牌	已上市或已挂牌
中小高新技术企业	80号公告第二条第（一）款：资本公积转增，符合116号文规定的，可享受5年分期缴纳优惠政策	80号公告第二条第（二）款：股票发行溢价形成的资本公积转股不征税
其他企业	80号公告第二条第（一）款：应及时代扣代缴个人所得税	

因此，对于非上市或未挂牌的股份有限公司，按照80号公告第二条第（一）款的规定，亦应当征收个人所得税。即是说，对于股份公司制的中小高新技术企业，符合116号文规定的，可享受5年税收优惠政策；对于股份公司制的其他企业，应及时代扣代缴个人所得税。但是，我们知道，按照国税发［1997］198号和国税函［1998］289号的相关规定，股份有限公司资本公积（股票溢价）转股并不应该征收。所以，从80号文件来看，其实质是进一步收紧了资本公积（溢价）转增的个人所得税政策。

最后，笔者将上述转增涉及的企业所得税、个人所得税政策总结如下表：

表 3－2：资本公积、留存收益转增涉及的所得税政策适用

股东类型	留存收益转增		资本公积转增	
	法规依据	税收待遇	法规依据	税收待遇
居民企业	《企业所得税法》§26，《实施条例》§83	1. 免征（如果符合条件的话）； 2. 股权计税基础按分配金额调增。	国税函［2010］79 号 § 4	不作为投资方企业的股息、红利收入，投资方企业也不得增加该项长期投资的计税基础
非居民企业	《企业所得税法》§3、§26，《实施条例》§83，《财政部 国家税务总局关于企业所得税若干优惠政策的通知》（财税［2008］1 号）	1. 10% 或协定税率；与机构场所有实际联系的，免征； 2. 2008 年 1 月 1 日之前累计未分配利润：免征；2008 年及以后新增利润，依《企业所得税法》适用。	国税函［2010］79 号 § 4	
境内个人	《个人所得税法》§ 2，国税发［1994］089 号 § 11，国税发［1997］198 号 § 2，国税函发［1998］333 号、116 号文 § 3、80 号公告 § 2	按照股票票面金额确认收入	国税发［1997］198 号 § 1，国税函［1998］289 号、116 号文 § 3、80 号公告 § 2	股份制企业：不确认收入，不缴纳个人所得税；不调整股权的计税基础；有限责任公司适用存在争议。 80 号公告带来的是非上市或未挂牌的股份制企业是否应税的争议
境外个人	财税字［1994］第 020 号 § 2	暂免征收个人所得税		

尽管有上述转增的所得税政策，但实践中，在有限责任公司资本公积（溢价）转增是否不征个人所得税上则存在争议。笔者对此分析如下：

【疑难问题 3－1】有限责任公司以资本公积（溢价）转增是否对个人股东征收个人所得税？

根据国税发［1997］198 号文的规定："一，股份制企业用资本公积金转增股本不属于股息、红利性质的分配，对个人取得的转增股本数额，不作为个人所得，不征收个人所得税。二，股份制企业用盈余公积金派发红股属于股息、

红利性质的分配，对个人取得的红股数额，应作为个人所得征税。”国税函［1998］289 号）规定：“《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发［1997］198 号）中所表述的‘资本公积金’是指股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金。将此转增股本由个人取得的数额，不作为应税所得征收个人所得税。而与此不相符合的其他资本公积金分配个人所得部分，应当依法征收个人所得税。”因此，在实践中，有一种观点（主要是部分地方税务机关的立场）认为，仅仅只有“股份制企业”的“股票溢价”发行收入所形成的资本公积金转增股本时，才不作为应税所得征收个人所得税，而按照我国公司法的规定，仅仅只有股份有限公司才存在“股票”溢价发行的情形，由于有限责任公司不属于股份有限公司，不能发行“股票”，所以，认为只有股份有限公司才可适用前述政策。笔者并不认同该观点。理由如下：

第一，公司法规定的有限责任公司和股份有限公司仅仅是两种不同组织形式的法人组织，其区别之一在于，前者的资本并不划分为等额的股份，也不发行股票，而后者将资本划分为等额的股份是为了便于股份的自由流通和交易的需要。但从本质而言，划不划分为等额股份并不改变投资人作为资本投入的性质，即是说有限责任公司的资本公积（资本溢价）和股份有限公司的资本公积（股本溢价）并无本质区别，如果允许后者转增不确认收入，则前者亦应同样享有，不能因组织形式的不同而区别对待；

第二，从政策演变的历史来看，国税发［1997］198 号文中所述的“股份制企业”基于当时认识，其本意是指有限责任公司和股份有限公司。根据 1992 年 5 月 15 日颁布实施的《股份制企业试点办法》（体改生［1992］30 号）第三条“股份制企业的组织形式”的规定：“股份制企业是全部注册资本由全体股东共同出资，并以股份形式构成的企业。股东依在股份制企业中所拥有的股份参加管理、享受权益、承担风险，股份可在规定条件下或范围内转让，但不得退股。我国的股份制企业主要有股份有限公司和有限责任公司两种组织形式。”从当时对“股份”的认识来看属于“广义”股份的概念；

第三，从税法角度来看，有限责任公司的资本公积（资本溢价）和股份有限公司的资本公积（股本溢价）皆构成股东持有股权或股份的计税基础的一部分，既然我国税法在国税函［2010］79 号文第四条规定，资本公积（溢价）转增不作为投资方企业的股息、红利收入，投资方企业也不得增加该项长期投资的计税基础。那么，对于个人股东而言，其本质的道理和逻辑应当是一样的。

综上所述，笔者认为，在理解和适用国税发［1997］198 号文和国税函［1998］289 号文时，应在考量政策出台的历史背景及其本意的前提下，运用资本公积溢价转增的基本税法原理，比照国税函［2010］79 号文第四条规定的精神来适用。即是说，不论是有限责任公司或是股份有限公司，其资本公积溢价转增，对于个人股东而言，不应因公司组织形式的不同而导致不同的税收待遇，应统一到不征个人所得税的处理上来。

针对上述税收政策的分析，笔者以一个上市公司利润分配及资本公积转增股本的实际案例来结束本部分的讨论。

【例 3－1】金自天正（600560）利润分配及资本公积转增股本案

北京金自天正智能控制股份有限公司（以下简称“金自天正”，600560）系在上交所上市的股份有限公司。2012 年 5 月 10 日，金自天正发布《2011 年度利润分配实施公告》，宣布了如下的利润分配方案：“本次分配以 2011 年 12 月 31 日公司总股本 149, 097, 000 股为基数，向全体股东每 10 股派发现金红利 0. 6 元（含税），送 2 股，转增 3 股，……”事实上，该利润分配方案包含了三种类型的利润分配：派息（现金红利、现金股息）、送红股（未分配利润转增股本）以及资本公积转增股本（转股）。金自天正利润分配、转增股本方案简介如下：

2012 年 4 月 12 日，金自天正 2011 年度股东大会审议通过了 2011 年度利润分配预案和资本公积金转增股本预案，并于 2012 年 5 月 10 日，公布了 2011 年度利润分配实施公告。该方案的具体内容如下①：

1. 本次分配以 2011 年 12 月 31 日公司总股本 149, 097, 000 股为基数，向全体股东每 10 股派发现金红利 0. 6 元（含税），送 2 股，转增 3 股，扣税后每 10 股派发现金红利 0. 34 元，共计派发股利 8, 945, 820 元。实施后总股本为 223, 645, 500 股，增加 74, 548, 500 股；

2. 股权登记日：2012 年 5 月 15 日；除权（除息）日：2012 年 5 月 16 日；新增可流通股份上市流通日：2012 年 5 月 17 日；现金红利发放日：2012 年 5 月 22 日；

3. 分派对象：截止 2012 年 5 月 15 日（A 股股权登记日）下午上交所收市后，在中国证券登记结算有限责任公司上海分公司登记在册的全体股东。

---

①《北京金自天正智能控制股份有限公司 2011 年度利润分配实施公告》（2012 年 5 月 10 日），第 1 ~2 页。

利润分配及转增完成后的股本情况如下表（单位：股）：[①]

	本次变动前		本次变动增减（+，-）				本次变动后	
	数量	比例（%）	送股	公积金转股	其他	小计	数量	比例（%）
一、无限售条件流通股份								
人民币普通股	149, 097, 000	100	29, 819, 400	44, 729, 100		74, 548, 500	223, 645, 500	100
无限售条件流通股合计	149, 097, 000	100	29, 819, 400	44, 729, 100		74, 548, 500	223, 645, 500	100
二、股份总数	149, 097, 000	100	29, 819, 400	44, 729, 100		74, 548, 500	223, 645, 500	100

【解析】1. 金自天正利润分配、转增股本的法律性质分析：

本方案中的10股送2股实质就是以未分配利润转增股本，也称为“股票股利”，这属于公司利润分配的一部分，视为公司以现金对股东进行利润分配之后，股东再以该现金投资购买公司增发的股份；本方案中的10股转增3股实质就是资本公积转增股本，严格意义上，这并不属于公司利润分配的一部分。

2. 资本公积转股的税务处理

根据国税函［2010］79号文第四条“关于股息、红利等权益性投资收益收入确认问题”第二款规定：“被投资企业将股权（票）溢价所形成的资本公积转为股本的，不作为投资方企业的股息、红利收入，投资方企业也不得增加该项长期投资的计税基础。”以及国税发［1997］198号文的规定“一，股份制企业用资本公积金转增股本不属于股息、红利性质的分配，对个人取得的转增股本数额，不作为个人所得，不征收个人所得税。二，股份制企业用盈余公积金派发红股属于股息、红利性质的分配，对个人取得的红股数额，应作为个人所得征税。”国税函［1998］289号文的规定：“《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发［1997］198号）中所表述的‘资本公积金’是指股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金。将此转增股本由个人取得的数额，不作为应税所得征收个人所得税。而与此不相

① 《北京金自天正智能控制股份有限公司2011年度利润分配实施公告》（2012年5月10日），第2页。

符合的其他资本公积金分配个人所得部分，应当依法征收个人所得税。”因此，资本公积（资本溢价部分）转增股本，不论是对于企业股东或是个人股东而言，都不确认收入，不用缴纳所得税，也不调增股份的计税基础。

在金自天正2011年资本公积转赠股本中，每10股转增3股，因此一共转增44,729,100股（149,097,000/10×3），该部分股票并不确认任何收益或损失，也不调整其计税基础。对于金自天正而言，在宣告资本公积转增股本时，并不需要作账务处理。在办理增资之后：

借：资本公积（股本溢价） 44,729,100

贷：股本 44,729,100

对于股东而言，不需要做会计处理，只需做备查登记。

除了上述留存收益和资本公积转增资本之外，实践中还存在另外一种特殊且较为复杂的转增类型。即，有限责任公司整体改制变更为股份有限公司时，还可能涉及净资产转增股本的情形，笔者将在“专题4：有限责任公司整体变更的所得税问题”中介绍。

三、资本公积、留存收益转增所得税原理及应用

在第二部分中，我们主要从法规和政策层面对我国资本公积、留存收益转增进行了介绍，但并没有深层次地介绍其税法原理以及亟待解决的一些问题。笔者将在本部分对此展开讨论。

（一）留存收益转增的“交易分解”理论

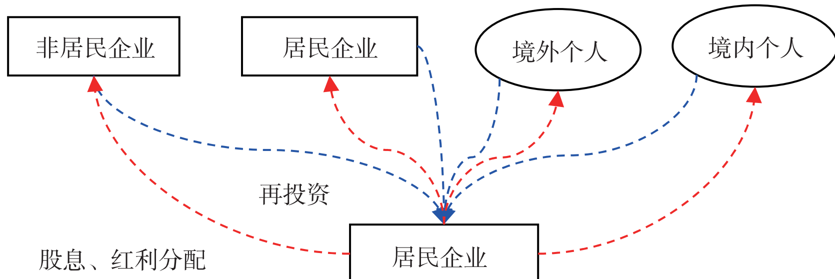
我国税法有关留存收益转增的所得税政策体现了一个非常重要的所得税税法理论——“交易分解”理论。该理论的核心思想在于，将一个整体交易从交易流程和结构分解为一系列紧随完成的子交易。譬如，在留存收益转增中，将其分解为如下两步骤交易：

1. 利润分配交易。企业将留存收益作为股息、红利分配给股东，在该分配中，股东视为收到股息、红利所得，并计入收入总额计缴所得税。如果该利润分配符合企业所得税法或者个人所得税法相关免税规定的，可以免税；

2. 再投资交易。股东将视为分得的股息、红利所得立即再投资到企业中，这个投资行为视为以现金投资，并不属于应税事件。

下图3-1体现了转增的“交易分解”：

图 3－1：留存收益转增的“交易分解”图



譬如，国税发［1994］089 号文第十一条“关于派发红股的征税问题”规定：“股份制企业在分配股息、红利时，以股票形式向股东个人支付应得的股息、红利（即派发红股），应以派发红股的股票票面金额为收入额，按利息、股息、红利项目计征个人所得税。”就体现了该“交易分解”理论的精神。

（二）资本公积转增的“所得实现”理论和“经济实质”理论

根据我国税法的规定，在资本公积转增的所得税处理规定体现了两个非常重要的税法原理——“所得实现”理论和“经济实质”理论。

1. “所得实现”理论

为什么在资本公积（溢价）转增中，股东不确认收入，亦不调整股权的原值或计税基础呢？笔者认为，这跟资本公积（溢价）本身的税法性质以及我国《公司法》《会计法》有关利润分配的制度有关。根据我国《公司法》和《会计法》的规定，企业对股东的利润分配或者股息、红利分配只能来源于企业的留存收益部分而不能超额分配，即是说利润分配的来源不能来自于资本公积（溢价）甚至实收资本或股本，这是我国《公司法》法定资本制度所规定和要求的。因此，如果采用“交易分解”理论来处理资本公积（溢价）转增时，显然我们将遇到理论难题——即，无法视为股东收到了股息、红利所得。同时，从资本公积（溢价）的法律性质来看，它属于股东投入到公司的资本，尽管并没有计入实收资本或股本账户，但显然具有“准资本”的性质，这也是我国《公司法》明确规定，资本公积不得用于弥补亏损的原因所在，其目的在于防止通过这种方式抽逃资本。从税法上来看，股东投资后获得的对价是股权或股份，该等股权或股份的计税基础应当以股东实际投入的金额来确定，即是说资本公积（溢价）部分的金额属于股权或股份的原值或计税基础的一部分。譬如，某个股东对某企业进行溢价增资 500 万元，但其中仅仅只有 300 万元计入实收资本账户，而另外的 200 万元则计入资本公积（溢价）账户。在税法上，我们如何确

定该股权的原值呢？答案是显然的，该股权的原值是500 万元，而不仅仅只包括计入实收资本的300 万元。

综上所述，对于资本公积（溢价）转增而言，从法律性质和税法属性而言，它都属于资本或者股权的原值或计税基础的一部分而存在，转增可以视为股东回收资本后，再以同样的金额进行资本投入的交易，这也是股权的原值或计税基础并不调增的原因所在。从被投资企业来看，仅仅是从所有者权益的一个账户转移到另一个账户而已，净资产金额并不发生变化，亦不改变资本公积作为“准资本”或者股权原值或计税基础的法律事实，并且从所得实现来看，股东在转增的过程中，其拥有的财富并没有任何的实质增加（股权对应的权益价值在增资前后未发生任何变化），也并未实际收到任何的所得（包括股息、红利所得或其他所得），既然股东并未实现所得，所以，对资本公积转增的所得税处理就很清晰了。即，股东既不确认收入，也不调增股权的计税基础，这也是前述国税函［2010］79 号文第四条规定的原理所在。

2. “经济实质”理论

从“经济实质”理论的视角来看，股东在资本公积（溢价）转增中没有真实收到任何经济利益，所有的经济利益或者财产最终依然保留在被投资企业中，只不过企业改变了所有者权益的内部结构（所有者权益总额并没有任何的增减变化）。从这个意义上讲，资本公积（溢价）转增其最终的经济实质是股东的财富并未实质增加（与转增前相比较），因为企业的财富并没有因转增而增加，股东持有的股权的价值从理论上讲亦没有任何的增加，其没有实现任何所得，不宜在转增环节对股东征税。

综上所述，笔者认为，对资本公积（溢价）转增，不论是个人股东或是企业股东，皆不确认所得，亦不调整股权原值或者计税基础。

四、对企业股东的股票股息的企业所得税处理

如果企业分配的是股票股息（stock dividends），在原《关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》（国税发［2000］118 号，下称“118 号文”）[①] 被废止后，我国所得税法并没有明确企业股东对股票股息如何确认收入金额。原118 文号仅适用于当时的内资企业，其第一条“企业股权投资所得的所得税处理”规定：“……（三）除另有规定者外，不论企业会计账务中对投资采取何种

---

① 根据《国家税务总局关于公布全文失效废止部分条款失效废止的税收规范性文件目录的公告》（国家税务总局公告2011 年第2 号），该文于2011 年1 月4 日起失效。

方法核算，被投资企业会计账务上实际做利润分配处理（包括以盈余公积和未分配利润转增资本）时，投资方企业应确认投资所得的实现。

（四）企业从被投资企业分配取得的非货币性资产，除股票外，均应按有关资产的公允价值确定投资所得。企业取得的股票，按股票票面价值确定投资所得。”

从上述规定可以看出，118 号文对企业股东对被投资企业取得的股票股息按照股票票面价值确定投资所得。但 118 号文被废止后，我国税法并没有明确股票股息所得的确认问题。在实务中，存在如下三种观点：

观点一：参照 118 号文规定的精神，以转增股票的票面价值确定收入金额。

观点二：按照转增股票的公允价值或市价确定收入。

观点三：借鉴美国联邦税法的规定，股票股息分配不确认收入。

笔者认为，观点一和观点二对交易的处理实质是一样的，即将股票股息视为两笔交易处理——企业按照股票面值或公允价值（市场价值）先向股东分配现金股息，股东收到现金股息后再投资到企业购买新增股票。从会计处理上看，企业在发放股票股息时可以按股票的票面价值或公允价值减少留存收益，而随后的股票出售将按同等金额增加资本（股本）和资本公积（溢价）。从税法角度看，这两种观点的区别在于前者按票面价值确认收入，票面价值和公允价值之间的差额部分在以后股票处置时得以实现并确认；后者按公允价值确认收入，在分配当期即实现并确认。而观点三的处理实质完全不同，它将股票股息分配视为每股股票权益的摊薄（类似于“股票分割”，只不过并不导致所有者权益内部结构的变化，仅仅是股票数量的增加而已），不视为收入的实现。美国税法就是此种处理方式的代表。除非另有例外规定，美国税法不将股票股息视为财产分配，投资企业取得的股票股息不确认收入，并且不影响旧股票总计税基础，只不过按照新旧股票各自公允价值的比例对旧股票总计税基础在新旧股票之间进行分配而已[①]（该规定实质体现了前述的“经济实质”理论）。在 118 号文下，我国税法对非货币性资产（股票除外）的分配的计税基础的确定与美国税法保持一致，但股票股息的分配的计税基础的确定规则则与美国税法不同，它按照股票的面值确认所得，并调增股票的计税基础。

笔者认为，如何进行所得税处理与各国的法律、市场经济、资本市场的健全等各方面的因素都有关系。但是，从我国目前的情况来看，由于股票市场发育尚不成熟，股价波动较大，使得股票的公允价值难以确定（同时对于非上市

---

① 26 USC § 305（a）.

公司，其股权或股份并没有成熟的交易市场，公允价值就更难以确定）。公司发放股票股利一般是按照股票面值折股的。因为股票面值一般为 1 元，便于确定所要结转的金额（应等于增发股票的数量）。这使股票股利的数额与折股的股票面值总额保持一致，因而不涉及折股中的溢价问题。从纳税角度看，这一处理有利于公司减轻股东税赋，因为如按照市价结转，一般情况下其结转金额无疑会远远超过面值数额，由此应由股东承担的税赋亦是相当繁重。鉴于国税函［2010］79 号文第三条“关于股权转让所得确认和计算问题”的规定：“……企业在计算股权转让所得时，不得扣除被投资企业未分配利润等股东留存收益中按该项股权所可能分配的金额。”如果，企业以未分配利润等股东留存收益发放股票股息（或称为转股），股东不确认收入（实质是我国企业所得税给予免税股息待遇），但应调增股权的计税基础，待以后股东转让该股权时，其转让股权收入将因股权的计税基础的调增而使得免税股息待遇可以得到真正的落实。

专题4：有限责任公司整体变更的税务问题

内容概览

除了上一专题所述的资本公积、留存收益转增资本之外，在《公司法》及IPO实践中，还存在另外一种特殊“折股”交易行为。即，有限责任公司整体变更为股份有限公司并上市。这种整体变更行为如何对其股东（特别是涉及个人股东时）进行所得税处理，从理论和实践来看，颇多争议。本专题包含如下内容：

■ 有限责任公司整体变更为股份有限公司的法律性质

■ 有限责任公司整体变更的折股问题

■ 有限责任公司整体变更的所得税税务

■ 有限责任公司整体变更涉及的其他税种问题

■ 国有独资企业或公司改制上市资产评估增值企业所得税问题

一、有限责任公司整体变更为股份有限公司的法律性质

股份有限公司除发起设立和募集设立之外，还可通过有限责任公司整体变更为股份有限公司。实践中，很多有限责任公司通过这种方式转变为股份有限公司并得以上市。但《公司法》本身对于有限责任公司变更为股份有限公司的规定相对粗略和简单。

《公司法》第九条规定：“有限责任公司变更为股份有限公司，应当符合本法规定的股份有限公司的条件。有限责任公司变更为股份有限公司的，公司变更前的债权、债务由变更后的公司承继。”第三十七条规定：“股东会行使下列职权：……（九）对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议。”第四十三条规定：“股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。”第九十六条规定：“有限责任公司变更为股份有限

公司时，折合的实收股本总额不得高于公司净资产额。有限责任公司变更为股份有限公司，为增加资本公开发行股份时，应当依法办理。”《公司登记管理条例》第三十三条规定：“公司变更类型的，应当按照拟变更的公司类型的设立条件，在规定的期限内向公司登记机关申请变更登记，并提交有关文件。”《注册资本登记管理规定》第十三条规定：“有限责任公司变更为股份有限公司时，折合的实收股本总额不得高于公司净资产额。有限责任公司变更为股份有限公司，为增加资本公开发行股份时，应当依法办理。”

从上述规定可以看出，《公司法》第九条规定有限责任公司可以转换为股份有限公司，但应符合关于股份有限公司的条件；《公司法》第三十七条规定股东会应就变更公司形式作出决议；《公司法》第四十三条规定作出该等决议应经过代表三分之二以上表决权的股东通过；《公司法》第九十六条、《注册资本登记管理规定》第十三条规定，有限责任公司变更为股份公司时，折合的实收股本总额不得高于公司净资产额。《公司登记管理条例》第三十三条明确公司变更类型的，应当按照规定向公司登记机关申请变更登记，这意味着有限责任公司变更为股份有限公司并不按照公司设立登记程序进行而只是变更登记程序。

从一般法律理解来看，有限责任公司变更为股份有限公司属于公司形式变更，系指有限责任公司不经解散、清算程序，按法律规定的程序和条件，变更为股份有限公司。在学术界，对公司形式变更存在如下两种主要的学说：

（一）组织形式转换说

该学说认为，公司形式变更的性质为公司组织形式变化，包括名称、治理机制和公司章程的改变。变更前后，公司仍保持其法律人格的同一性，体现在公司无需进行解散，有关的资产和债权债务均不发生转移。公司组织形式变更具有以下三个方面的特征：（1）公司法律人格的同一性。在变更前后，公司人格持续统一，公司的权利义务在变更前后，均在同一个主体内存续；（2）变更内容的综合性。变更的内容不仅包括组织形式，还包括名称、治理机制和公司章程；（3）种类和程序法定。不同形式的公司之间是否可以变更由法律规定，法律未明确规定可以进行变更的，不得进行变更。变更的程序也需要由法律作出规定。

（二）股东以净资产出资设立说

该学说认为，公司形式变更是全体股东以有限责任公司的净资产出资重新设立股份有限公司，是股份有限公司的设立行为。公司形式变更前后，法律人格不具有同一性，有限责任公司和股份有限公司并不是同一个主体。在特定情

况下，法律将其拟制为同一个主体，变更前的债权、债务由变更后的公司承继。但是出于简化程序的考虑，在具体操作上，并不对有限责任公司进行清算，亦不对有限责任公司作注销登记，而是将有限责任公司变更登记为股份有限公司。

以上两种学说的主要区别在于，是否承认公司变更前后法律人格的同一性，在此基础上，对变更内容以及公司的有关权利义务关系在变更过程中及变更后的处置产生不同的认识。如持第一种观点，则会认为公司形式变更是基于法律相关规定的组织形式变更和相关内容变更，变更前后的公司是同一主体，其权利义务关系自然延续。如持后一种观点，则会认为，变更前后是两个不同的法律主体，理论上存在变更前公司的清算和变更后公司的新设，基于简化程序的考虑，对一部分事项法律上作拟制变更处理，相关的权利义务关系由变更后的公司承继。

笔者认可变更前后公司法律人格的同一性，公司形式变更的性质应为以组织形式转换为核心的相关内容变更，而非股东以有限责任公司的净资产出资设立股份有限公司。

二、有限责任公司整体变更折股的问题

根据《公司法》的规定，有限责任公司整体变更为股份有限公司时，折合的股本总额不得高于公司净资产额。从实践来看，通常基于各种原因存在如下几种折股的方法，见下表4－1：

表4－1：净资产折股方式

情形	折股数
账面净资产大于注册资本额	按账面净资产全额折股
	按大于注册资本额的某个金额折股
	按注册资本额折股
账面净资产等于注册资本额	按注册资本额折股
账面净资产小于注册资本额	减资弥补亏损或增资后折股

需要注意的是，在上述方式中，如果账面净资产大于注册资本额时，并且未全额折股的，超过股本部分的净资产金额计入资本公积（股本溢价）。

一般而言，基于变更的“整体性”（即经审计净资产的不可分割性）及股份有限公司的发起设立属性，有限责任公司整体变更为股份有限公司的所有者权益中应仅包括“股本”和“资本公积（股本溢价）”科目，当然如果是变更

前原股东决议拟分配利润，则也可能留有未分配利润余额。因留存收益具有“公司在经营过程中所创造的”属性，所以，就新设股份有限公司而言，应不存在留存收益科目，这也是为何目前 IPO 过程中因整体变更而导致自然人股东须缴纳所得税的原因，即将留存收益调整至“股本”，视为留存收益转股对待。

三、有限责任公司整体变更的所得税税务处理

对于有限责任公司整体变更涉及的所得税处理一直是颇具争议的问题。依据股东是法人股东和自然人股东而可能涉及企业所得税和个人所得税，依据股东是否属于居民企业、非居民企业和境外、境内个人可以分为四种适用情形。

从实践来看，有限责任公司整体变更为股份有限公司时，往往以公司净资产整体折股，或是以净资产中一部分折股，剩余部分计入资本公积（股本溢价）。对于在此过程中与股东相关的所得税税务处理问题，实践中对法人股东的税务处理多无异议，而对自然人股东的个人所得税处理，业界并未形成统一认识，造成实践中对该问题处理方式的混乱状况。从实务处理来看，有关自然人股东的纳税情况主要有如下几种情形：

一是，对自然人股东新增股本收益代扣代缴了个人所得税并予以披露，如东方传动（002164）、大立科技（002214）以及梅泰诺（300038）等；

二是，大部分案例惯常的处理方式是并未实际代扣代缴相应税款，而是取得当地税务主管部门同意缓缴个人所得税的批复，并由公司自然人股东或控股股东做出“如被税务机关要求缴纳，则以个人资金如实缴纳税款，与公司无关”等类似表述的承诺，如蓝色光标（300058）、联合创业（430424）等；

三是，还有小部分公司采取比较大胆的做法，认为我国现行法律、法规没有就有限责任公司以净资产整体折股变更为股份有限公司时，其自然人股东是否应该交纳个人所得税问题做出明确规定，故无须缴纳个人所得税，如士兰微（600460），天龙光电（300029）。

笔者认为，从有限责任公司整体变更折股来分析，可能会涉及资本公积（溢价）转增或是留存收益转增两种情形。相关的税法依据，读者可以参阅“专题3：资本公积、留存收益转增的所得税问题”的相关内容和表 3 – 1。笔者在此，总体回顾如下：

（一）整体变更涉及的企业所得税

整体变更涉及的企业所得税的法律、法规、政策文件主要是《企业所得税法》、《企业所得税法实施条例》、《财政部 国家税务总局关于企业所得税若干优

惠政策的通知》（财税［2008］1 号文）和 2010 年 2 月发布的《关于贯彻落实企业所得税法若干税收问题的通知》（国税函［2010］79 号文）。

对于资本公积（溢价）转增股本的，按照我国《公司法》和《会计法》的规定，由于其不属于利润分配，其转增不视同为先利润分配给股东，股东再投资处理，股东不存在股息、红利收入。因此，国税函［2010］79 号文第四条规定，不作为投资方企业的股息、红利收入，投资方企业也不得增加该项长期投资的计税基础。

对于留存收益（盈余公积和未分配利润）转增的，按照税法的一般原理，将该交易分解为企业对股东先进行利润分配，股东取得股息、红利收入，再用该收入转增股本处理。因此，但对于企业股东而言，根据《企业所得税法》及其实施条例的规定，符合条件的，对于居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益免于征税。

（二）整体变更涉及的个人所得税

整体变更涉及的个人所得税的法律、法规、政策文件主要是《个人所得税法》、《个人所得税法实施条例》、《财政部、国家税务总局关于个人所得税若干政策问题的通知》（财税字［1994］第 020 号）、《关于征收个人所得税若干问题的规定》（国税发［1994］089 号）、《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发［1997］198 号）、《国家税务总局关于原城市信用社在转制为城市合作银行过程中个人股增值所得应纳个人所得税的批复》（国税函［1998］289 号）、《国家税务总局关于盈余公积金转增注册资本征收个人所得税问题的批复》（国税函发［1998］333 号）、《财政部 国家税务总局关于将国家自主创新示范区有关税收试点政策推广到全国范围实施的通知》（财税［2015］116 号，下称“116 号文”）以及《国家税务总局关于股权奖励和转增股本个人所得税征管问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 80 号，下称“80 号公告”）。

根据国税发［1997］198 号、国税函［1998］289 号和国税函发［1998］333 号的规定，公司以股票溢价发行收入所形成的资本公积金转增股本的，个人股东所取得的转增股本数额，不作为个人所得，不征收个人所得税；公司以资本公积中的非股票发行溢价部分、盈余公积和未分配利润部分转增股本的，个人股东所得的转增股本数额，应作为个人所得征收个人所得税。

显然，根据上述规定，如果在公司组织形式变更时，折股的股本不超过实收资本与资本公积中的股票发行溢价部分之和，自然人股东可以主张无需缴纳

个人所得税，因为公司的非股票发行溢价部分、盈余公积和未分配利润部分在公司组织形式变更时，并未转增为公司的股本。而公司将来以此时形成的资本公积再转增资本时，自然人股东亦无须缴纳个人所得税，因为，此时转增属于以股票发行溢价形成的资本公积转增。但是，如果在公司组织形式变更时，折股的股本超过实收资本与资本公积中的股票发行溢价部分之和，就超过部分，自然人股东应缴纳相应的个人所得税。不难看出，在净资产折股制情况下，由于折股的方案不同，有的自然人股东可以就资本公积中非股票发行溢价部分、盈余公积和未分配利润永远不缴纳所得税，有的需要在整体变更时缴纳个人所得税，造成税负不公。让我们以禾盛新材（002290）整体变更案来讨论其中涉及的个人所得税问题。

【例 4－1】禾盛新材（002290）整体变更涉及的个人所得税问题

在本案例中，苏州禾盛整体变更基准日净资产为 96, 427, 874. 31 元，其中，实收资本 46, 060, 000 元，资本公积溢价 16, 274, 002 元，盈余公积 2, 150, 746. 11 元，未分配利润 31, 943, 126. 20 元。在净资产折股时，首先用实收资本 46, 060, 000 元折股，再用资本公积溢价 16, 274, 002 元中的 13, 940, 000 元折股，则资本公积溢价还剩余 2, 334, 002 元。保留了原盈余公积 2, 150, 746. 11 元，将剩余 2, 334, 002 元资本公积溢价与未分配利润 31, 943, 126. 20 元合计 34, 277, 128. 20 元作为股本溢价转入资本公积。

【评析】为什么苏州禾盛要这样设计折股方案？毫无疑问，其中一个重要的考量因素就是自然人股东的个人所得税问题。如上分析，相关税收法规规定只有非资本公积溢价部分和留存收益部分转增股本时，才产生个人所得税。但是在本案中，股份有限公司的全部股本都来自于原有限责任公司的实收资本和资本公积（资本溢价），而保留盈余公积的同时将留存收益直接转入到资本公积（股本溢价），所以，这个时候不会产生个人所得税。

需要注意的是，上述依据相关规则所作的分析，并未成为实践中统一适用的标准。由于不同地方的税务部门的理解不一，实践中的征收掌握的标准则有多种。有的仅就资本公积中非股票发行溢价部分、盈余公积和未分配利润转增实收资本的部分，向自然人征收个人所得税；而有的则无论资本公积中非股票发行溢价部分、盈余公积和未分配利润是否转增实收资本，均就自然人股东所对应的部分，向自然人征收个人所得税；而有的地方税务部门允许公司上市后自然人股东转让股份时一并缴纳（实际上是豁免了就公司组织形式变更时的个人所得税）。以上不同的操作方案，导致个人所得税征收标准不一致，并造成税负不公。

在那些无视资本公积中非股票发行溢价部分、盈余公积和未分配利润是否转增实收资本，均就全部向自然人征收个人所得税的地方，相关公司的自然人股东对此很难理解。如，认为公司形式变更过程中，公司的实收资本并未发生增加（或者并非资本公积中非股票发行溢价部分、盈余公积和未分配利润的全部均转为了实收资本），自然人股东亦未从公司实际获取收益。一些公司的自然人股东因为无能力缴纳个人所得税，就不主动申报，税务部门也视而不见，导致大量税务违法情况的出现。

还需要特别注意的是，正如笔者在“专题3：资本公积、留存收益转增的所得税问题”所述的那样，显然80号公告对股改中资本公积（资本溢价）转增以及非上市、未挂牌股份有限公司资本公积（股本溢价）转增采取的是应征税的态度，这也是我们实务中应该特别关注的地方。

【例4－2】梅泰诺（300038）整体变更为股份有限公司折股的税务处理

背景介绍：

北京梅泰诺通信技术股份有限公司（下称“梅泰诺”，300038）其前身为北京梅泰诺通信工业技术有限公司（下称“梅泰诺工业”），成立于2004年9月，是国内领先的通信基础设施解决方案和支撑服务提供商。2009年，梅泰诺工业整体变更为股份有限公司梅泰诺并准备在深圳证券交易所创业板上市，2010年1月8日，梅泰诺成功上市。

2009年2月15日，梅泰诺工业举行股东会，全体股东签署了发起人协议，各发起人同意以审计报告审计确认的截至2008年12月31日的净资产98,434,196.62元按1：0.6095的比例折为6,000万股，各发起人按照各自在梅泰诺工业的出资比例持有相应份额的股份，剩余部分扣除自然人由盈余公积和未分配利润折股应缴纳的个人所得税后全部计入股份公司资本公积金。2009年3月9日，股份公司取得了营业执照，注册资本为6,000万元，实收资本为6,000万元。截至2008年12月31日，梅泰诺工业经审计的净资产的构成见下表：[1]

股东权益	金额（元）
股本	16,701,400.00
资本公积（股本溢价）	36,398,600.00

① 参见梅泰诺：《2009年1－9月、2008年度、2007年度和2006年度审计报告（合并）》，第13页。

续　表

盈余公积	4,533,419.67
未分配利润	40,800,776.95
合计	98,434,196.62

变更为股份有限公司时，公司的股权架构见下表：①

股东	持股数量（股）	持股比例（%）
张敏等 9 名自然人	49,296,000	82.16
浙江蓝石创业投资有限公司	9,732,000	16.22
浙江华林投资管理有限公司	972,000	1.62
合计	60,000,000	100.00

【解析】

1. 梅泰诺工业净资产折股的方式

从公司法规定来看，净资产并非一个法律术语，它仅仅是一个会计术语。净资产是属企业所有、并可以自由支配的资产，即所有者权益。根据新的《企业会计准则——基本准则》第二十六条和二十七条之规定，所有者权益是指企业资产扣除负债后由所有者享有的剩余权益，又称为股东权益。其来源包括所有者投入的资本、直接计入所有者权益的利得和损失、留存收益等，一般由实收资本或者股本、资本公积、盈余公积和未分配利润等构成。

有限责任公司以净资产（仅考虑净资产大于原实收资本）折股整体变更为股份有限公司时，通常分为如下三种情况：（a）按照1：1比例整体折股，公司股本大于整体变更前资本；（b）净资产中一部分折股，其余转入资本公积，公司股本大于整体变更前资本；（c）净资产中一部分折股，其余转入资本公积，公司股本在整体变更前后未发生变化。

《公司法》明确规定资本公积金可以直接转增资本。如果公司将未分配利润或者将从税后利润中提取的法定公积金和任意公积金转增资本的，实际上是公司将未分配利润或盈余公积金以股息、红利方式向股东进行了分配，股东再以分得的股息、红利增加资本。这两种情况在上述（a）和（b）中都可能存在。对于第（c）种情形，鉴于股本总额在整体变更前后未发生变化，其实际上只是

① 参见梅泰诺：《首次公开发行股票并在创业板上市招股说明书》，第36～37页。

公司将盈余公积和未分配利润直接转入了资本公积，仅是公司净资产在不同会计科目间的变动，且并不存在向股东派发股息、红利的情况，而对于盈余公积和未分配利润直接转入了资本公积的情况，通常也仅产生于有限责任公司整体变更为股份有限公司的特定条件下。因此，对于梅泰诺工业而言，其折股前净资产为98,434,196.62元，折股为6,000万股，显然属于上述第（b）种情形。

2. 梅泰诺工业整体变更为股份有限公司梅泰诺的所得税处理

（1）对于两个居民企业股东

对于浙江蓝石创业投资有限公司（下称“蓝石创投”）和浙江华林投资管理有限公司（下称“华林投资”）两个居民企业股东而言，资本溢价发行形成的资本公积金转增股本，不属于利润分配，而是股东的原始投入的不同形式转换，因此，居民企业股东不需缴纳企业所得税。[①] 用非股本溢价所形成的“资本公积”和留存收益（含盈余公积和未分配利润）转增资本进行转增时，应视同利润分配。但根据《企业所得税法》及其实施条例的规定，“符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益”为免税收入。因此，企业分回2008年1月1日以后形成的利润，分回股利，企业不需缴纳税款。同时，《财政部、国家税务总局关于执行企业所得税优惠政策若干问题的通知》（财税［2009］69号）规定，“2008年1月1日以后，居民企业之间分配属于2007年度及以前年度的累积未分配利润而形成的股息、红利等权益性投资收益”也是属于免税收入。因此居民企业之间利润分配时，不管是否存在税率差，居民企业股东均不需要补缴所得税差额部分。

综上，蓝石创投和华林投资对于在净资产折股过程中，将其应享有的资本公积（资本溢价）和留存收益转增股本或转为资本公积（股本溢价）不存在任何所得税纳税义务。

（2）对于9名居民自然人股东

对于张敏等9名自然人股东而言，根据《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发［1997］198号）、《国家税务总局关于原城市信用社在转制为城市合作银行过程中个人股增值所得应纳个人所得税的批复》（国税函发［1998］289号）以及《国家税务总局关于盈余公积金转增注册资本征收个人所得税问题的批复》（国税函［1998］333号）的规定，对属于个人股东分得再投入公司的部分，应按“利息、股息、红利所得”

① 笔者注：根据后来颁布实施的国税函［2010］79号第四条规定，资本公积（溢价）转增，企业股东不确认收入，亦不调增股权的计税基础。

项目征收个人所得税，税款由股份有限公司在有关部门批准增资，公司股东会决议通过后代扣代缴。这里需要注意的一个问题是，如何计算公司代扣代缴自然人股东税额？实务中有两种计算方法：

①直接按照变更之前留存收益总额计算缴纳个人所得税。即：

代扣代缴自然人股东税额 =（折股前盈余公积 + 折股前未分配利润）×自然人股东持股比例 ×20%

按照此方法计算的自然人股东应缴税额如下：

代扣代缴自然人股东税额 =（4,533,419.67 +40,800,776.95）×82.16% ×20%

=45,334,196.62 ×82.16% ×20%

=7,449,315.19（元）

其账务处理如下：

借：实收资本	16,701,400	
资本公积——资本溢价	36,398,600	
盈余公积	4,533,419.67	
未分配利润	40,800,776.95	
贷：股本		60,000,000
资本公积——股本溢价		30,984,881.43
应交税费——应交个人所得税		7,449,315.19

该种方法这样进行税务和账务处理的理由在于：不论原净资产折股多少，原净资产中的留存收益相应应享有部分都视为全额分配给自然人股东，自然人股东将该等全额投入到公司中。自然人股东按照该等分配的全额确认股息收入计算个人所得税，投入部分超过股本的部分计入资本公积（股本溢价）。该种方法的核心就在于折股的多少并不影响自然人股东视为收到的股息分配金额。由于，在折股时，按照折股前留存收益的总额计算公司代扣代缴自然人股东缴的税额。所以，股份公司计入资本公积（股本溢价）的部分以后再转增时不会造成重复征税。但是，这样处理可能无法解决的是，可以将原不能用于转增资本的资本公积（其他资本公积）、必须留存的盈余公积（《公司法》规定的25%比例）全部计入资本公积（股本溢价）可以用于以后转增股本，在公司主体并没有“真实”设立的情况下，似乎留下了一条变相规避法律强制规定的“通道”。同时，不能用于转增股本的盈余公积部分（如果没有对应的未分配利润来相应转增的话）也被视为股东的股息所得了，这显然是不合理和没有法律依据的。

②仅仅以转增股本为限，计算缴纳个人所得税。即：

代扣代缴自然人股东税额＝（折股后股本－折股前注册资本－资本公积转增股本的部分）×自然人股东持股比例×20%

按照此方法计算的自然人股东应缴税额如下：

盈余公积不可转增股本的部分＝16,701,400×25%＝4,175,350（元）

代扣代缴自然人股东税额＝（60,000,000－16,701,400－36,398,600）×82.16%×20%＝6,900,000×82.16%×20%＝1,133,808（元）

其账务处理如下：

借：实收资本　　16,701,400

　　资本公积——资本溢价　　36,398,600

　　盈余公积　　4,533,419.67

　　未分配利润　　40,800,776.95

贷：股本　　60,000,000

　　盈余公积　　4,175,350

　　未分配利润　　331,25,038.62

　　应交税费——应交个人所得税　　1,133,808

该种方法这样进行税务和账务处理的理由在于：有限责任公司变更为股份有限公司仅仅属于企业法律形式及公司名称的变更，不视为公司的新设成立。所以，按照有限责任公司原实收资本、资本公积（资本溢价）、盈余公积（可转增部分）、未分配利润的顺序进行折股。资本公积（其他资本公积）、盈余公积（不可转增部分，25%比例部分）以及留存的未分配利润（若有）按照原账面价值继续在新的股份有限公司账面保留。由于在梅泰诺工业折股过程中，原实收资本16,701,400元、资本公积（资本溢价）36,398,600元、盈余公积358,069.67元（4,533,419.67－4,175,350）以及未分配利润6,541,930.33元（60,000,000－53,458,069.67）用于转增股本60,000,000元。所以，自然人股东实际视为收到的股息分配金额为6,900,000元（358,069.67＋6,541,930.33，或者60,000,000－16,701,400－36,398,600），计算的个人所得税额为1,133,808元（6,900,000×82.16%×20%），这个时候，我们发现股份有限公司未分配利润在代扣代缴个人所得税后仅剩余331,25,038.62元（40,800,776.95－6,541,930.33－1,133,808）。有关转增的计算如下表：

折股前		折股后		
股东权益	金额（元）	股东权益	金额（元）	累计金额（元）
股本	16,701,400.00	股本	16,701,400	16,701,400
资本公积（资本溢价）	36,398,600.00		36,398,600	53,100,000
盈余公积	4,533,419.67		358,069.67	53,458,069.67
			6,541,930.33	60,000,000
未分配利润	40,800,776.95	资本公积（股本溢价）	——	——
——	——	盈余公积	4,175,350	64,175,350
——	——	未分配利润	331,25,038.62	97,300,388.62
——	——	应交税费	1,133,808	98,434,196.62
合计	98,434,196.62	——	98,434,196.62	98,434,196.62

正是有这样一种处理方式，所以在实务中有的企业才采取尽量将折股数量减少，以达到少缴纳税款的目的。我们可以发现，如果梅泰诺工业折股数量减少到创业板要求的不低于2000万股时，其自然人股东将不会产生税负，因为此时超过原注册资本部分的股本完全用资本公积（资本溢价）就可以进行转增，而这样的转增并不视为利润分配，所以自然人股东不会产生纳税义务。事实上，只要折股后的股本不超过原注册资本和资本公积（资本溢价）之和，自然人股东就不会产生纳税义务。那么，第二种处理方法到底是否可行呢？是否与现行法规有冲突呢？笔者以为，这与目前的公司法规、会计法规的规定并不冲突，实践中需要在折股时的股东会决议以及公司章程修订案中明确折股的顺序。所以，在实践中，如非股本增大的必要（比如上市的门槛要求），可以仅在原注册资本和部分或全部资本公积（资本溢价）之和范围内折股即可，对于盈余公积和未分配利润则尽量不要折股，以避免纳税义务的产生。

四、有限责任公司整体变更涉及的其他税种问题

在有限责任公司变更为股份有限公司净资产折股中，由于并没有发生新设公司的投资行为，也没有不同主体之间的资产出售、转让、置换或转移的交易，故一般并不存在增值税、土地增值税、契税等纳税义务。具体的税法规定如下：

（一）整体变更涉及的增值税

根据《增值税暂行条例》第一条的规定，在中华人民共和国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人，为增值税的纳税人，应当依照本条例缴纳增值税。同时，36 号公告附件 1《营改增试点实施办法》第一条第一款规定："在中华人民共和国境内（以下称境内）销售服务、无形资产或者不动产（以下称应税行为）的单位和个人，为增值税纳税人，应当按照本办法缴纳增值税，不缴纳营业税。"由于在整体变更中，并未发生前述应税行为，所以不存在增值税问题。

（二）整体变更涉及的土地增值税

根据《财政部 国家税务总局关于企业改制重组有关土地增值税政策的通知》（财税［2015］5 号，下称"5 号文"）第一条规定："按照《中华人民共和国公司法》的规定，非公司制企业整体改建为有限责任公司或者股份有限公司，有限责任公司（股份有限公司）整体改建为股份有限公司（有限责任公司）。对改建前的企业将国有土地、房屋权属转移、变更到改建后的企业，暂不征土地增值税。本通知所称整体改建是指不改变原企业的投资主体，并承继原企业权利、义务的行为。"需要注意的是，不改变原企业的投资主体是指原企业单位的出资人必须存在于改制重组后的企业，但出资人的出资比例可以发生变动。

（三）整体变更涉及的契税

根据《财政部 国家税务总局关于进一步支持企业事业单位改制重组有关契税政策的通知》（财税［2015］37 号，下称"37 号文"）第一条"企业改制"的规定："企业按照《中华人民共和国公司法》有关规定整体改制，包括非公司制企业改制为有限责任公司或股份有限公司，有限责任公司变更为股份有限公司，股份有限公司变更为有限责任公司，原企业投资主体存续并在改制（变更）后的公司中所持股权（股份）比例超过 75%，且改制（变更）后公司承继原企业权利、义务的，对改制（变更）后公司承受原企业土地、房屋权属，免征契税。"因此，如果有限责任公司改制为股份有限公司的，有限责任公司原投资主体存续并在股份有限公司所持股份比例超过 75%，且股份有限公司承继原权利、义务的，对于股份有限公司而言，免征契税。

（四）整体变更涉及的印花税

根据《中华人民共和国印花税暂行条例》、《中华人民共和国印花税暂行条例施行细则》和《国家税务总局关于资金账簿印花税问题的通知》（国税发

［1994］25 号）的规定，整体变更企业应当就折股导致“股本”和“资本公积”账户增加的金额按万分之五缴纳印花税。

五、国有独资企业或公司改制上市资产评估增值企业所得税问题

2015 年 6 月 23 日，财政部、国家税务总局发布了《财政部、国家税务总局关于企业改制上市资产评估增值企业所得税处理政策的通知》（财税［2015］65 号，下称“65 号文”），65 号文规定，对国有独资企业或国有独资有限责任公司依法变更为拟上市的股份有限公司的，国有企业改制上市过程中发生的资产评估增值，应缴纳的企业所得税可以不征收入库，作为国家投资直接转增该企业国有资本金（含资本公积），但获得现金及其他非股权对价部分，应按规定缴纳企业所得税。同时，经确认的评估增值资产，可按评估价值入账并按有关规定计提折旧或摊销，在计算应纳税所得额时允许扣除。

有关详细的讨论，请读者参阅“专题 38：国有企业改制上市资产评估增值的企业所得税问题”。

专题5：资产划入、资产（股权）划转的税务问题

内容概览

在我国企业权益性投资中，还存在一类特殊的交易事项——资产划入、资产（股权）划转交易。相关的主要税收法规包括《国家税务总局关于企业所得税应纳税所得额若干问题的公告》（国家税务总局公告2014年第29号）、《财政部 国家税务总局关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知》（财税［2014］109号）、《国家税务总局关于资产（股权）划转企业所得税征管问题的公告》（国税总局公告2015年第40号）等。本专题将主要围绕这些文件来展开讨论。本专题包含如下内容：

■ 29号公告、109号文和116号文的适用概览

■ 29号公告、109号文和116号文的适用比较

■ 29号公告资产划入的财税处理

■ 109号文资产（股权）划转的财税处理

■ 资产划入、划转的其他税种税务处理

一、29号公告、109号文和116号文的适用概览

在2014、2015年度，为贯彻落实《国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》（国发［2014］14号，下称“14号文”），财政部和国家税务总局出台了很多有关企业改制重组的企业所得税政策。其中最主要的四个文件是《国家税务总局关于企业所得税应纳税所得额若干问题的公告》（国家税务总局公告2014年第29号，下称“29号公告”）、《财政部 国家税务总局关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知》（财税［2014］109号，下称“109号文”）、《国家税务总局关于资产（股权）划转企业所得税征管问题的公告》（国税总局公告［2015］年第40号，下称“40号公告”）、《财政部 国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税政策问题的通知》（财税［2014］116号，下称“116号文”）以及《国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税有关征

管问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 33 号，下称“33 号公告”）。其中，29 号公告、109 号文、40 号公告皆涉及资产划入或划转的企业所得税政策，116 号文主要是有关非货币性资产投资的企业所得税政策，33 号公告是非货币性投资企业所得税有关征管问题的规定。但在实践中，前述文件适用的情形多有重叠或者交叉，这引起了实践中适用的困惑，本部分的目的在于从总体上对这些文件的适用进行介绍。

（一）资本投入性质的权益性交易的理论基础

总体上，29 号公告、109 号文和 116 号文三个文件都涉及投资人与被投资企业之间的资本投入性质权益性交易（或资本投入、资产划转）时企业所得税政策的内容。29 号公告第二条“企业接收股东划入资产的企业所得税处理”①实质规定了股东（政府除外）对被投资企业的向下的单向资产划入（下称“资产划入”）如何进行企业所得税处理的问题。109 号文第三条“关于股权、资产划转”实质规定了符合条件的企业集团②内部居民企业之间股权、资产划转（下称“资产（股权）划转”）的企业所得税税务处理的问题。116 号文规定的是居民企业之间非货币性资产股权投资性质的权益性交易（下称“非货币性资产投资”）的税务处理问题。

其中，29 号公告、109 号文涉及的资产划入、资产（股权）划转，对于划出企业而言，并没有收到相应的对价，③ 划入企业也未支付相应的对价。从合同法原理来讲，这是一个赠与合同，属于赠与的法律关系，但从经济实质来看，又属于划出企业对划入企业的一个“资本投入”性质的交易。为了同一般性的赠与的税务处理相区别，并基于鼓励并购重组之目的，这两个文件出台了特殊

---

① 该条规定，（一）企业接收股东划入资产（包括股东赠予资产、上市公司在股权分置改革过程中接收原非流通股股东和新非流通股股东赠予的资产、股东放弃本企业的股权，下同），凡合同、协议约定作为资本金（包括资本公积）且在会计上已做实际处理的，不计入企业的收入总额，企业应按公允价值确定该项资产的计税基础。（二）企业接收股东划入资产，凡作为收入处理的，应按公允价值计入收入总额，计算缴纳企业所得税，同时按公允价值确定该项资产的计税基础。

② 笔者注：根据 109 号文第三条的规定，符合条件的企业集团系指满足 100% 直接控制的居民企业，以及受同一或相同多家居民企业 100% 直接控制的居民企业构成的企业集团。

③ 笔者注：存在的例外情形，40 号公告第一条第（一）项规定，《通知》第三条所称“100% 直接控制的居民企业之间，以及受同一或相同多家居民企业 100% 直接控制的居民企业之间按账面净值划转股权或资产”，限于以下情形：（一）100% 直接控制的母子公司之间，母公司向子公司按账面净值划转其持有的股权或资产，母公司获得子公司 100% 的股权支付。母公司按增加长期股权投资处理，子公司按接受投资（包括资本公积，下同）处理。母公司获得子公司股权的计税基础以划转股权或资产的原计税基础确定。该规定显然是将母公司对 100% 直接控制的子公司增资行为也包含在资产划转中来了，笔者将在后文对此进行详细评述。

的税收政策。同时，这两种类型的交易从会计的视角都属于权益性交易，但并非直接股权投资性质的权益性交易，这是与116号文所规制的非货币性资产投资属于直接的股权投资性质的交易最大的区别，因为前者并不取得股权对价（即被投资企业并不增发股权，也不进行股权变更登记），而后者典型的法律特征是被投资企业增发股权并进行股权变更登记。

为便于理解上述规定，我们需要首先来了解一些基础理论和知识。

1. 什么是权益性交易（Capital Transaction）

权益性交易亦称为资本性交易。应该讲，权益性交易最初是会计学上的一个概念，尽管如此，不论是IFRS或者U. S. GAAP对于权益性交易都没有一个比较明晰的定义。它们对权益性交易的规定如下：

IFRS 10：Consolidated Financial Statements第23段对权益性交易定义为："权益性交易是与所有者以其所有者身份进行的交易"。

原《美国财务会计概念公告第五号：商业企业财务报表的确认和计量》（Statements of Financial Accounting Concepts No. 5：Recognition and Measurement in Financial Statements of Business Enterprises，"SFAC No. 5"）对"资本性交易"规定为，"资本性交易是指与所有者进行的影响主体权益的交易，尽管它认为资本并不是反映所有者权益的准确的术语"。

从会计理论来看，界定权益性交易的报告主体，是指受到权益性交易会计处理影响的会计主体。该主体或者是作为被投资单位的企业，或者是包括该企业在内的企业集团。权益性交易按交易对象划分，可分为"企业与所有者的权益性交易"和"所有者之间的权益性交易"。企业与所有者的权益性交易主要是指单体报表层面的权益性交易，可以分为股东对被投资企业资本投入性质的权益性交易和被投资企业对股东进行分配的权益性交易；所有者之间的权益性交易主要是指合并报表层面的权益性交易，即包含被投资企业、母公司、少数股东在内的企业集团合并报表层面的权益性交易。譬如，母公司购买少数股东股权等。

鉴于《企业所得税法》遵从法人纳税主体的原则以及与资本性投入的相关性，因此本专题涉及的是股东与被投资企业之间资本投入性质的权益性交易。

2. 资本投入性质的权益性交易的类型划分

从公司法和会计学原理来看，股东或投资人与被投资企业之间的资本投入性质的权益性交易又可以划分为两大类型：一是股权投资性质的权益性交易；二是非股权投资性质的权益性交易。

股权投资性质的权益性交易亦简称为“股权投资”，是指投资人将货币财产或非货币财产投入到被投资企业，并依法取得股权（份）对价，取得股东资格并享受股东权利和承担股东义务的涉及被投资企业权益变动的交易。此种交易下，投资人成为被投资企业股东并持有股权（份），在《公司法》上被投资企业需要进行注册资本设立登记或增资变更登记，会计处理上则需要被投资企业计入实收资本（股本）和资本公积（资本溢价或股本溢价）（若有）。简单地讲，这即是《公司法》上的“直接股权投资”，亦是《企业所得税法》所规定的“投资资产”中的“权益性投资资产”。[①] 譬如，116 号文规定的居民企业以非货币性资产对居民企业进行的投资即是此类投资。

非股权投资性质的权益性交易是指投资人将货币财产或非货币财产投入到被投资企业，但并不取得股权（份）对价，也不增加享有投入财产对应的股东权利的涉及被投资企业权益变动的交易。此种交易下，投资人与被投资企业之间不会形成直接的股权投资关系，但投资人可能已是被投资企业的股东。譬如，29 号公告规定的股东向企业划入资产，以及 109 号文规定的 100% 直接控股的母公司向其子公司划转股权或资产。投资人也可能不属于股东。譬如，109 号文规定的子公司向 100% 直接控股的母公司划转股权或资产以及直接 100% 同一控制下的子公司之间的资产（股权）划转。同时，此类交易，在《公司法》上划入企业不需要进行注册资本增资变更登记，会计处理上划入企业需要计入资本公积（资本溢价或股本溢价）。

从上述分析，我们可以总体得出，资产划入、资产（股权）划转交易与非货币性投资相同之处都在于都属于股东与被投资企业或者关联企业之间的权益性交易或资本性交易，不同之处在于是否取得股权对价。

（二）29 号公告、109 号文和 116 号文适用概述

从三个文件的规定来比较分析，资产划入、资产（股权）划转以及非货币性资产投资在交易类型、交易对象、交易性质、适用条件、会计处理、税务处理等方面存在异同。笔者总结如下表 5 - 1：

表 5 - 1：29 号公告、109 号文和 116 号文适用比较

项目	29 号公告	109 号文	116 号文
交易类型	资产划入	资产（股权）划转	非货币性资产投资

① 参见《企业所得税法》第十四条、《企业所得税法实施条例》第七十一条、第一百一十九条。

续 表

交易对象	股东与被投资企业之间	100%直接控制的居民企业之间；受同一或相同多家居民企业100%直接控制的居民企业之间	居民企业股东与被投资居民企业之间
交易性质	权益性交易（资本投入）：非股权投资性质的权益性交易	权益性交易（资本投入）：非股权投资性质的权益性交易②	股权投资性质的权益性交易
适用条件	1. 合同、协议约定作为资本金（包括资本公积）； 2. 在会计上已做实际处理。	1. 具有合理商业目的； 2. 不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的； 3. 股权或资产划转后连续12个月内不改变被划转股权或资产原来实质性经营活动； 4. 划出方企业和划入方企业均未在会计上确认损益。	1. 居民企业与居民企业之间的股权投资行为； 2. 以非货币性资产对外投资。
会计处理	计入资本公积（溢价）①	计入资本公积（溢价）或冲减资本公积（溢价）	计入实收资本（股本）和资本公积（溢价）
税务处理	不计入被投资企业的收入总额，被投资企业应按公允价值确定该项资产的计税基础①。	可选择适用：1. 划出方企业和划入方企业均不确认所得。2. 划入方企业取得被划转股权或资产的计税基础，以被划转股权或资产的原账面净值确定。3. 划入方企业取得的被划转资产，应按其原账面净值计算折旧扣除。	居民企业以非货币性资产对外投资确认的非货币性资产转让所得，可在不超过5年期限内，分期均匀计入相应年度的应纳税所得额，按规定计算缴纳企业所得税。

注：①29号公告对划出资产的股东层面的财税处理并未明确。

②40号公告对109号文进行解释时，将增资情形包含在内，属于例外情形，并颇具争议。

从上表可以看出，具体适用需要注意如下几点：

1. 29号公告属于股东与被投资企业之间的非股权投资性质的权益性交易。如果合同、协议约定作为资本金（包括资本公积），并且被投资企业在会计上已做实际处理的，不计入被投资企业的收入总额，被投资企业应按公允价值确定

该项资产的计税基础。该规定意味着，税法遵从“经济实质”原则或“实质重于形式”原则而否定法律形式上的赠与关系，而视为股东对被投资企业的资本性投入。同时，以协议约定、会计实际处理为标准，也充分地尊崇了当事人真实意思的表示，并减少财税处理差异。

2. 109 号文在实践中更多体现在国有控股集团基于国资委的指令性内部资产（股权）的划转。109 号文总体上的立法精神体现的是企业重组所应遵从的税法原理。譬如，股东权益连续、[①] 经营连续以及合理的商业目的等，这实际上与 59 号文的规定趋同。当然，“划出方企业和划入方企业均未在会计上确认损益”的要求“超越”了 59 号文的条件，实质是为了消除财税差异。

3. 116 号文规定相对比较单一，规制的就是一个股权投资行为，只不过针对的是非货币性资产投资，这是在原《国家税务总局关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》（国税发［2000］118 号）[②] 被废止后，在《财政部 国家税务总局关于中国（上海）自由贸易试验区内企业以非货币性资产对外投资等资产重组行为有关企业所得税政策问题的通知》（财税［2013］91 号，下称“91 号文”）试点的基础之上推广到全国的政策。需要关注的是，116 号文有可能与 59 号文规定的资产重组、股权重组竞合适用。

二、29 号公告、109 号文和 116 号文的适用比较

在第一部分中，我们从权益性交易的原理出发，对三个文件的适用进行了总体介绍。本部分我们将在前文基础上对它们的适用进行详细的比较分析。包括文件出台背景及其目的、适用主体、适用情形、适用条件、税务处理、会计处理等内容。

（一）文件出台背景及其目的

1. 29 号公告出台背景及其目的

29 号公告出台的背景在于，税法顺应经济生活中的现实需要，遵从“经济实质”原则或“实质重于形式”原则，向会计处理靠拢，减少财税处理差异。其主要的目的在于解决股东以豁免债务、赠与或者放弃股权等其他方式对被投资企业进行的非股权投资性质的资本投入的企业所得税政策。在 29 号公告出台

---

① 笔者注：109 号文本身并没有规定“股东权益连续性”，在实践中，是否需要遵从尚不明确，具有争议。

② 该文被《关于公布全文失效废止 部分条款失效废止的税收规范性文件目录的公告》（国家税务总局公告［2011］第 2 号）于 2011 年 1 月 4 日废止。

之前，我国相关会计法规已经对此进行了明确，参见下表5－2。

表5－2：股东与被投资企业之间的权益性交易会计法规

会计法规	规定
《财政部关于做好执行会计准则企业2008年年报工作的通知》（财会函［2008］60号）	企业购买上市公司，被购买的上市公司不构成业务的，购买企业应按照权益性交易的原则进行处理，不得确认商誉或确认计入当期损益。
	企业接受的捐赠和债务豁免，按照会计准则规定符合确认条件的，通常应当确认为当期收益。如果接受控股股东或控股股东的子公司直接或间接的捐赠，从经济实质上判断属于控股股东对企业的资本性投入，应作为权益性交易，相关利得计入所有者权益（资本公积）。
《关于印发〈上市公司执行企业会计准则监管问题解答〉（2009年第2期）的通知》（会计部函［2009］60号）	问题1：对于上市公司的控股股东、控股股东控制的其他关联方、上市公司的实质控制人对上市公司进行直接或间接的捐赠、债务豁免等单方面的利益输送行为，如何进行会计处理？ 解答：由于交易是基于双方的特殊身份才得以发生，且使得上市公司明显的、单方面的从中获益，因此，监管中应认定为其经济实质具有资本投入性质，形成的利得应计入所有者权益。上市公司与潜在控股股东之间发生的上述交易，应比照上述原则进行监管。
《中国证监会关于做好上市公司2009年年度报告及相关工作的公告》（中国证券监督管理委员会公告［2009］34号）	按照企业会计准则及有关监管规定，上市公司的控股股东、控股股东控制的其他关联方、上市公司的实质控制人等对上市公司进行直接或间接的捐赠、债务豁免等，从经济实质上判断属于资本投入性质的，上市公司取得的经济利益流入应计入所有者权益。上市公司的控股股东、控股股东控制的其他关联方、上市公司的实质控制人等与上市公司之间发生的交易，如果交易价格显失公允，上市公司对于取得的超过公允价值部分的经济利益流入应比照上述原则处理。 在破产债务重整中，上市公司的控股股东、控股股东控制的其他关联方、上市公司的实质控制人等以债权人身份，通过债权人会议等方式，同其他债权人共同对上市公司做出的实质上相同比例的债务豁免，不属于权益性交易。
《企业会计准则解释第5号》（财会［2012］19号）	六、企业接受非控股股东（或非控股股东的子公司）直接或间接代为偿债、债务豁免或捐赠的，应如何进行会计处理？ 答：企业接受代为偿债、债务豁免或捐赠，按照企业会计准则规定符合确认条件的，通常应当确认为当期收益；但是，企业接受非控股股东（或非控股股东的子公司）直接或间接代为偿债、债务豁免或捐赠，经济实质表明属于非控股股东对企业的资本性投入，应当将相关利得计入所有者权益（资本公积）。

续　表

《长期股权投资准则》（2014）（财会［2014］14号）、《合并财务报表准则》（2014）（财会［2014］10号）	已经将上述权益性的规定吸纳进去。

上述会计法规明确规定，如果企业接受股东（不论是否控股股东）直接或间接捐赠、债务豁免或代为偿债等的，经济实质表明属于股东对企业的资本性投入，应当将相关利得计入所有者权益（资本公积）。29号公告正是基于这些会计法规的会计处理，并遵从经济实质原则，与会计处理保持一致的规定。

2. 109号文出台背景及其目的

109号文出台的背景是为贯彻落实14号文的精神，鼓励和促进企业兼并重组交易，保持税收中性的内在要求，其规定符合要求的企业集团内部的资产（股权）划转可以选择适用特殊性税务处理。我们可以看到，其适用的条件基本延续了59号文企业重组有关特殊性税务处理的立法精神和要求，[①] 可以视为企业重组的一种特殊性的“无对价”或“无偿”划转的交易类型（也有称为“业务划转”或“业务转移”的交易类型），这与59号文基本属于“有对价”或“有偿”[②] 重组的交易类型有所不同。其主要的目的在于解决100%控股的企业集团内部股权、资产内部资源整合而给予企业所得税优惠政策，实践中基本限于国有控股企业集团内部的股权、资产划转。

3. 116号文出台背景及其目的

116号文出台的背景在于，为贯彻落实14号文的精神，鼓励和促进企业投资，并且明确原《国家税务总局关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》（国税发［2000］118号）[③] 废止以来，企业非货币性资产投资是否缴纳以及如何缴纳企业所得税政策。其目的在于，明确居民企业以非货币性资产新设投资以及增资业务的企业所得税政策以及与企业重组59号文的竞合适用的问题。

---

① 笔者注：我们将在后续文章中详细介绍其适用条件。譬如，具有合理商业目的、不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的，股权或资产划转后连续12个月内不改变被划转股权或资产原来实质性经营活动。

② 笔者注：59号文除了“同一控制下不需要支付对价”的企业合并以及企业法律形式改变之外，其他的企业重组类型都存在对价，尽管笔者对是否存在“同一控制下不需要支付对价”的企业合并持不同的观点。

③ 该文被《关于公布全文失效废止 部分条款失效废止的税收规范性文件目录的公告》（国家税务总局公告［2011］第2号）于2011年1月4日废止。

（二）适用主体的差异

就29号公告而言，其前提条件是资产划出方只要是现有股东即可，并没有限定股东和企业之间具有100%的直接控制关系，也没有限定股东是否控制被投资企业，但实践中基本是上市公司控股股东或者大股东基于其他目的（比如，为了避免终止上市）对上市公司无偿捐赠、债务重组等；但109号文则明确要求，必须是100%直接控制的居民企业之间，或者是受同一或相同多家居民企业100%直接控制的居民企业之间，而且企业集团的实际控制人一般系国资委，在国资委主导下的带有"指令性"的资产（股权）划转。[①] 对116号文而言，则适用于居民企业投资人与被投资居民企业之间的投资，新设投资时投资人可以不是现有股东而仅仅是发起人。

（三）适用情形的差异

29号公告仅适用于股东对企业的单向资产划入，排除了公司集团内部的向上的纵向划转以及兄弟姊妹公司之间横向划转情形的适用。109号文规定的资产（股权）划转，实质亦是一种非股权投资性质的权益性交易。可分为两大类型：一是100%直接控制的居民企业之间；二是受同一或相同多家居民企业100%直接控制的居民企业之间。就116号文而言，它规制的交易不属于资产划转的情形，也不属于非股权投资性质的权益性交易的情形，而是直接股权投资性质的权益性交易的情形。当然，116号文有一个非常重要的问题就是与59号文的竞合适用的问题，笔者已经在"专题1：非货币性资产投资的税务问题"中对此进行过详细介绍。

（四）适用条件的差异

29号公告的适用条件最为简单，即只需要满足：（1）合同、协议约定作为资本金（包括资本公积）；（2）在会计上已做实际处理。当然还有一个隐含的前提，就是从经济实质考虑应视为权益性交易。而109号文则要求满足：（1）具有合理商业目的；（2）不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的；（3）股权或资产划转后连续12个月内不改变被划转股权或资产原来实质性经营活动；（4）划出方企业和划入方企业均未在会计上确认损益的。对于前述第（1）至（3）项条件，实质与59号文有关企业重组的特殊性税务处理的要求类似。116号文需

---

① 笔者注：根据国家税务总局对40号公告的解读，"这一政策不仅适用于国有企业集团，也适用于其他企业集团内部的股权或资产划转交易，保证了不同所有制性质的市场主体在同一税收政策起跑线上公平竞争，有利于引导非公有制经济健康发展。"

要满足的条件是：（1）居民企业与居民企业之间的股权投资行为；（2）以非货币性资产对外投资。

通过上述对比可以发现，如果股东在增资时，并且属于100%控股的情形的，显然，我们在设计交易路径时，可以考虑选择适用上述三个文件之一进行税务处理（实际还可能选择适用59号文的规定）。但我们可以发现，选择29号公告的处理，至少在税务上可能是最优的。理由如下：

1. 相对于29号公告而言，109号文规定的适用条件更为严格，几乎等同于59号文特殊性税务处理对权益连续性、经营连续性以及合理商业目的的要求。此外，还要求会计处理上划出方企业和划入方企业均未在会计上确认损益，这是59号文都没有要求的条件；

2. 相对于116号文而言，29号公告在税务处理结果上更优。因为，116号文仅仅给予了5年递延分期纳税的待遇，而29号公告则直接是递延直至处置该部分划入资产时才确认收益。

（五）税务处理的差异

29号公告规定，如果满足前述两个条件的话，则被投资企业不计入其收入总额，被投资企业应按公允价值确定该项资产的计税基础。我们可以发现，被投资企业不确认收入，同时还可以公允价值确定该项资产的计税基础，即是说可以享受计税基础“增大”的效应。实务中，需要关注的是划出资产股东层面的税务处理问题，我们将在后文中详述。

109号文规定，如果满足前述四个条件的话，则可以选择适用：（1）划出方企业和划入方企业均不确认所得；（2）划入方企业取得被划转股权或资产的计税基础，以被划转股权或资产的原账面净值确定；（3）划入方企业取得的被划转资产，应按其原账面净值计算折旧扣除。需要关注的是，此处的“原账面净值”的理解和适用以及划出方的税务处理问题，我们将在后文中详述。

116号文规定，如果满足前述的两个条件的话，则居民企业以非货币性资产对外投资确认的非货币性资产转让所得，可在不超过5年期限内，分期均匀计入相应年度的应纳税所得额，按规定计算缴纳企业所得税。

（六）会计处理的差异

应该讲，对于116号文，目前的会计准则（包括《长期股权投资准则》《合并准则》《金融工具确认和计量准则》《金融工具列报准则》等）对其会计处理是明确的，但对于29号公告的股东层面的会计处理并不明确。对于109号文，

其会计处理则更为复杂，特别是同一控制下的企业合并、“子——母”类型以及连续划转时会计处理更是如此。我们将在后文中详述。

三、29 号公告资产划入的财税处理

29 号公告第二条本身仅仅对被投资企业的财税处理进行了明确，即被投资企业计入资本公积（资本溢价），不确认损益，同时公司法上也不进行增资。但 29 号公告并没有明确投入资产的股东的财税处理，在实践中也颇具争议。目前主要有两种观点：

观点一：会计上视为长期股权投资处理；税务上视同销售，调增现有股权的计税基础。

观点二：会计上视为权益性交易处理，冲减资本公积（溢价）；税务上视同销售，调增现有股权的计税基础。

下面，笔者对这两种观点进行介绍和评述：

（一）会计上视为长期股权投资处理；税务上视同销售，调增现有股权的计税基础。

1. 会计处理

在会计处理上，划出资产的股东参照《长期股权投资准则》（2014）进行会计处理。其理由是，尽管被投资企业并没有支付股权对价，但交易的经济实质是一项资本性投入交易，视为股东对外的长期股权投资资产价值增加。参照《长期股权投资准则》（2014）第六条第（三）项的规定，视为通过非货币性资产交换取得的长期股权投资，其初始投资成本应按照《非货币性资产交换准则》的有关规定确定。

根据《非货币性资产交换准则》有关规定，如果一项非货币性资产交换符合：（1）该项交换具有商业实质；（2）换入资产或换出资产的公允价值能够可靠地计量的，则该交换应当按照公允价值进行计量（下称“公允价值计量”）。即，换入资产和换出资产公允价值均能够可靠计量的，应当以换出资产的公允价值作为确定换入资产成本的基础，但有确凿证据表明换入资产的公允价值更加可靠的除外。① 而满足下列条件之一的非货币性资产交换具有商业实质：（1）换入资产的未来现金流量在风险、时间和金额方面与换出资产显著不同；（2）换入资产与换出资产的预计未来现金流量现值不同，且其差额与换入资产和换

① 《非货币性资产交换准则》（2006）第三条。

出资产的公允价值相比是重大的.[①] 在股东向被投资企业划入非货币性资产交易中，视为被投资企业支付了股权对价，由于不存在现金补价，因此系非货币性资产交换。对股东而言，如果能够控制或实质控制被投资企业的话，视为其仍然实质控制划入资产，换取的股权的未来现金流量在风险、时间和金额方面与划出资产并不存在显著不同，因为从理论上看，股权的价值实质来源于被投资企业拥有的基础资产的价值。同理，换入股权与换出的非货币性资产的预计未来现金流量现值也不存在显著不同。根据《非货币性资产交换准则》的规定，在确定非货币性资产交换是否具有商业实质时，企业应当关注交易各方之间是否存在关联方关系。关联方关系的存在可能导致发生的非货币性资产交换不具有商业实质。[②] 从此意义上讲，如果属于控股股东或者大股东划入资产的，一般不应认定为具有商业实质。因此，应当以换出资产的账面价值和应支付的相关税费作为换入资产的成本，不确认损益（下称“成本计量”）。

综上所述，(1) 如果判定不具有商业实质（在 29 号公告下，一般属于此种情形)，则会计处理（假定不考虑相关的税费）如下：

借：长期股权投资（以划出资产的账面价值确定）

贷：资产

我们可以发现，在会计处理上，并不存在确认收入的情形。

(2) 如果判定具有商业实质，则会计处理（假定不考虑相关的税费）如下：

借：长期股权投资（以划出资产公允价值确定）
　　主营营业成本

贷：存货
　　固定资产（无形资产）
　　长期股权投资
　　主营业务收入
　　营业外收支
　　投资损益

此时，我们发现，在会计处理上，因划出的非货币性资产的不同而有所差异：划出资产为存货的，应视同销售处理，按照《收入准则》以其公允价值确

① 《非货币性资产交换准则》(2006) 第四条,《非货币性资产交换准则》(2006) 应用指南第二条。

② 《非货币性资产交换准则》(2006) 第五条。

认收入，同时结转相应的成本。划出资产为固定资产、无形资产的，划出资产公允价值与其账面价值的差额，计入营业外收支。划出资产为长期股权投资的，划出资产公允价值与其账面价值的差额，计入投资损益。

2. 税务处理

尽管在会计处理上，一般并不确认损益，但在税务处理上，依据《企业所得税法实施条例》第二十五条规定："企业发生非货币性资产交换，以及将货物、财产、劳务用于捐赠、偿债、赞助、集资、广告、样品、职工福利或者利润分配等用途的，应当视同销售货物、转让财产或者提供劳务，但国务院财政、税务主管部门另有规定的除外。"《国家税务总局关于企业处置资产所得税处理问题的通知》（国税函［2008］828 号）第二条第（六）项规定，企业将资产移送他人改变资产所有权属的用途情形，因资产所有权属已发生改变而不属于内部处置资产，应按规定视同销售确定收入。同时，《企业所得税法实施条例》第七十一条规定，通过支付现金以外的方式取得的投资资产，以该资产的公允价值和支付的相关税费为成本。即是说，尽管股东划入资产到被投资企业并没有取得对应的股权对价，但由于视同销售并确认收入，因此，股东对被投资企业的现有股权的计税基础应调增为划出资产的公允价值（不考虑相关税费）。

需要注意的是，如果会计处理上按照公允价值计量并确认收入的，并不存在财税差异，并不需要进行纳税调整，也不存在视同销售的说法。

（二）会计上视为权益性交易处理，冲减资本公积（溢价）；税务上视同销售，调增现有股权的计税基础。

1. 会计处理

在权益性交易的理论下，股东投入财产到被投资企业但并未取得股权对价，并不能直接适用《长期股权投资准则》（2014）。因为，该准则一般适用于子公司（控制，一般 >50%）、合营、联营公司（重大影响，一般 20%—50%）以及其他参股公司（非控制、非重大影响，一般 <20%）而分别适用成本法、权益法以及金融资产（可供出售金融资产）进行核算，但其前提都是真实存在直接的股权投资行为（取得相应的股权支付对价），即公司法上进行注册资本变更登记手续的前提下纳入长期股权投资科目进行核算。但 29 号公告所述的恰好是非股权投资性质的权益性交易，并没有真实的股权支付对价，所以不宜纳入长期股权投资科目进行核算，否则将造成权益性投资核算的混乱以及与工商股权变更登记的不一致。同时，也正是由于未取得股权支付对价，也不能直接适用《非货币性资产交换准则》（2006）的规定，因为股东并没有收到非货币性资产

（股权资产），不存在交换的前提。所以，股东投入资产时，应首先冲减资本公积（溢价），不足冲减的，依次冲减盈余公积和未分配利润。即，借：资本公积（溢价）、盈余公积、未分配利润，贷：资产类科目。

2. 税务处理

在税务处理方面，并不因会计处理而有所影响，与观点一相同。

综上所述，在税务处理方面基本达成了一致，但在会计方面的两种观点都有其道理。观点一是站在经济实质的理论基础之上，认为即使法律形式上，母公司并没有收到任何的股权支付，但实质认为母公司以划出资产对子公司进行了投资，所以计入长期股权投资中；而观点二则更强调“无偿”划拨之法律形式，即母公司没有收到子公司支付的股权对价，子公司注册资本没有进行任何变更，不视为母公司的“股权投资”，但基于权益性交易之定性，视为非股权投资性质之权益性交易，鉴于母公司的确划出了资产，导致其权益（净资产）减少，所以直接冲减资本公积（溢价）。

笔者更倾向于观点二的财税处理。理由在于：

（1）鉴于目前《长期股权投资准则》（2014）限于真实存在的股权投资性质的权益性投资交易的现状，[①] 而 29 号公告涉及的权益性交易中，被投资企业并没有支付任何的股权对价，这就直接导致了《长期股权投资准则》（2014）和《非货币性资产交换准则》（2006）难以直接适用。因此，会计处理上视为非股权投资性质的权益性交易进行处理为妥，因为这样也与被投资企业并未进行增资变更登记，并且其会计处理直接计入资本公积（溢价）保持一致。

（2）在税务处理上，由于股东以非货币性资产投入，税法上应为销售或视同销售，非货币性资产上的增值部分应确认资产转让所得计入股东当期应纳税所得额（注意，此时并不能适用 116 号文的 5 年平均分期缴纳的优惠政策）。因此，被投资企业按照该等资产的公允价值确定其计税基础。同时，基于资本投入的本质以及避免重复征税，股东现有股权的计税基础应调增为该等资产的公允价值。需要注意的是，此时存在财税差异，股东应根据资产划入协议以及评估报告的资料进行备查账簿的登记。与观点二相比较而言，观点一作为长期股权投资进行核算，一定程度上保持了股权计税基础财税处理的一致性，这是其优点，如果我国长期股权投资准则能够更进一步扩展其适用的话，则观点一不

① 笔者注：就目前我国会计法规的明确规定而言，存在一个例外情形。《会计准则解释第 4 号》第七条规定，结算母公司按照授予日权益工具或应承担负债的公允价值确认为对子公司的长期股权投资，母公司借：长期股权投资，贷：资本公积（应付职工薪酬）。

失为好的处理方式。

当然实践中，对股东划出资产的税务处理还存在另外一种处理观点，即：股东划出资产视为捐赠来处理。其理由在于，资产划出并没有收到股权对价，不能调整股权的计税基础，而应当在税法上确认为营业外支出，并不得税前扣除。笔者认为，基于划出、划入企业税务后果的一致性以及对交易的定性，税法已经遵从了会计上的“经济实质原则”，因此按照资本投入性质的交易来进行税法定性是恰当的。

【疑难问题 5－1】 股东向被投资企业划入资产未认定为权益性交易的，如何进行财税处理？

29 号公告第二条第二款规定：“企业取得股东划入的资产，凡作为收入处理的，应按公允价值计入收入总额，计算缴纳企业所得税，同时按公允价值确定该项资产的计税基础。”该款规定意味着，由于不满足该条第一款认定为资本投入的条件，因此，企业会计上计入收入，在税务处理上也将其确认为收入缴纳企业所得税，同时划入资产按照公允价值确定计税基础。但需要注意的是，此时，股东除按照视同销售处理外，其成本支出的税收属性如何进行认定，29 号公告并没有明确。按照以往的实践来看，将被视为对外捐赠处理，由于不属于公益性捐赠，则不能在税前扣除。当然，如果认定为股权投资资产的计税基础，其税法后果将完全不同。因此，国税总局应对此予以明确。从实践来看，为避免既视同销售处理，又视为对外捐赠处理的税收不利后果，应当按照 29 号公告第二条第一款的要求去进行处理为妥。

四、109 号文资产（股权）划转的财税处理

应该讲，109 号文仅仅对符合条件的集团内部资产（股权）划转的企业所得税税务处理进行了原则规定，在该规定出台之后，引发了一些争议和不清晰的地方。前述 40 号公告对 109 号文第三条规定的资产（股权）划转企业所得税征管问题进行了解释和澄清。

（一）适用特殊性税务处理划转的条件

根据 109 号文和 40 号公告的规定，一个资产（股权）的划转可以适用特殊性税务处理的条件包括如下几点：

1. 100% 控股集团内部划转要求

109 号文明确要求符合特殊性税务的划转必须是“100% 直接控制的居民企业之间，以及受同一或相同多家居民企业 100% 直接控制的居民企业之间按账面

净值划转股权或资产”。这即是“100%控股集团内部划转”要求。该要求实质包含了两大类型四种情形，40号公告对此进行了详尽的解释，笔者将在后文对此详细介绍。

【疑难问题5-2】如何理解和适用109号文规定的“原账面净值”？

109号文在“100%控股集团内部划转”要求中使用了“原账面净值”的描述，在该文出台后，很多专家和学者就对使用“原账面净值”提出了异议。因为“账面净值”我们通常理解为是一个会计上的术语，账面净值一般是针对固定资产、无形资产和成本模式计量的投资性房地产而言的，账面净值等于账面原价减去计提的累计折旧和累计摊销的金额，并不扣除减值准备。譬如，对于固定资产而言，其账面净值=固定资产的折余价值=固定资产原价-累计折旧科目余额；再譬如，对于无形资产而言，其账面净值=无形资产的摊余价值=无形资产科目原价-累计摊销科目余额。但对于长期股权投资而言，我们一般讲仅仅存在账面价值而不称其为账面净值，其账面价值=账面余额-计提的减值准备，而账面余额实质是指某个会计账户（科目）所有明细账户的余额汇总，即总账余额。比如权益法核算的长期股权投资，包括成本、损益调整和其他权益变动等明细科目余额，而成本法核算下的长期股权投资的账面余额即是其账面原价（历史成本）。

在税法上，《企业所得税法》第十六条规定：“企业转让资产，该项资产的净值，准予在计算应纳税所得额时扣除。”第十九条规定：“非居民企业取得本法第三条第三款规定的所得，按照下列方法计算其应纳税所得额：……（二）转让财产所得，以收入全额减除财产净值后的余额为应纳税所得额……”《企业所得税法实施条例》第七十四条规定：“企业所得税法第十六条所称资产的净值和第十九条所称财产净值，是指有关资产、财产的计税基础减除已经按照规定扣除的折旧、折耗、摊销、准备金等后的余额。”所以，109号文所称的“原财产净值”应当是指所得税法上的“计税基础”。由于在某些情况下，“原账面净值”与“原计税基础”可能出现背离的情况。为了纠正这一“偏差”，40号公告第三条对此进行了澄清。该条规定：“《通知》第三条所称‘划入方企业取得被划转股权或资产的计税基础，以被划转股权或资产的原账面净值确定’，是指划入方企业取得被划转股权或资产的计税基础，以被划转股权或资产的原计税基础确定。《通知》第三条所称‘划入方企业取得的被划转资产，应按其原账面净值计算折旧扣除’，是指划入方企业取得的被划转资产，应按被划转资产的原计税基础计算折旧扣除或摊销。”

2. 合理商业目的要求

109 号文明确要求符合特殊性税务的划转必须“具有合理商业目的、不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的”，这即是“合理商业目的”要求。实质上，该要求秉承了《企业所得税法》第四十七条和《企业所得税法实施条例》第一百二十条以及 59 号文有关规定的精神。通常讲，合理的商业目的是指任何重组交易必须具有合理的商业目的，不得作为为了规避征税而伪装为一个企业免税重组形式的工具。因此，如果一个交易缺乏一个合理的商业目的的话，将不得作为一个有效的免税重组。或者说，商业目的理论本质上要求，当一个交易除了税收规避或减少的目的之外，不存在任何实质性的、重大的商业目的的话，将不得作为一个有效的免税重组。应该说合理商业目的规则借鉴了美国联邦税法中的“营业目的”（business purpose）规则。从美国“营业目的”规则的内涵来看，营业目的理论要求企业并购重组交易除税收规避或减少的目的之外，至少含有一个以上的主要的营业目的。

3. 经营连续性要求

109 号文明确要求符合特殊性税务的划转必须“股权或资产划转后连续 12 个月内不改变被划转股权或资产原来实质性经营活动”，这即是“经营连续性”要求。我们同样可以看出，这实质与 59 号文企业重组特殊性税务处理“经营连续性”要求是“一脉相承”的。但需要注意的是，如何理解和适用该要求，无论是 59 号文或是 109 号文都没有明确的解释和指引，笔者将在本书“专题 11：企业重组所得税制的三大核心规则与实践”中详细对此进行讨论，在此仅做概述。与股东权益连续性规则不同的是，经营连续性规则关注于目标公司本身所从事的营业，而不是交易中收购方所支付的对价。通常讲，“经营连续性”规则意指，在一个重组交易后，被收购目标公司的营业或资产在新的公司实体下（或变化后的公司形态下）得以继续，而不得将该营业或资产在交易之后予以出售或处置。经营连续性规则的基本原理在于，一个免税重组交易仅仅是相关资产的所有者权益的再调整或者说“仅仅是所有者权益形式的改变”。从此意义上讲，经营连续性规则和股东权益连续性规则是重组交易是否享受免税待遇的两个“姊妹”规则。

【疑难问题 5－3】如果划转资产属于股权资产时，如何判断和适用“经营连续性”规则？

实践中，如果划转资产属于股权资产时，如何适用“股权划转后连续 12 个月内不改变被划转股权原来实质性经营活动”？有专家学者认为，“应该是指划

入方取得股权资产，在12个月内不能转让。”“对于划转的标的无论是股权还是资产都不应该在划转后12个月内转让，这也应该是12个月内不改变实质经营活动的题中之意。”笔者并不赞同这样简单的理解，理由如下：

第一，该认识混淆了企业重组“股东权益连续性”要求中的“时间性”要求与“经营连续性”要求的内涵。所谓“股东权益连续性”规则是指，基于企业重组经济实质的内在要求，如果一个交易符合免税重组的条件，该交易必须满足一个直接的或间接的股东利益持续要求。即是说，目标公司的原股东通常必须直接在目标资产上保持一个持续的权益（直接持续），或者必须通过获得收购公司的股权在目标营业和目标资产中保持一个持续的权益（间接持续）。显然，公认的最佳的方式就是目标公司的原股东在新的公司形态下持有该公司的表决权股票（指有表决权的普通股），即是说在重组中收取的对价全部或主要部分将是表决权股权对价。概括地讲，股东权益连续性规则包含“质量持续要求”、“数量持续要求”、“时间性要求”以及“远端利益持续”要求四个方面的具体内容，而“时间性”要求简单地讲就是重组后多长时间内不得处置目标资产（股权）。

第二，属于对“经营连续性”要求的误读。根据59号文对其的要求来看，通常包含了同时满足两个方面的要求：一是“营业或业务继续”要求。即要求划入公司继续从事划出公司的历史性营业。通常讲，一个公司的历史性营业是指其最近所从事的营业；二是“资产继续”要求。即要求划入公司必须使用划出公司一个营业（不论划出公司历史上是否从事该营业）的历史性资产的一个重大部分。至于何为“重大”？应根据所有的事实和情形，从资产性质、价值以及可能创造的盈利等诸多因素来综合判断。

第三，“经营连续性”要求适用于“股权”划转时，应考虑的是被划转股权对应的基础“营业”或“资产”是否在12个月内实质性改变。显然，59号文的“经营连续性”要求的内涵（同时满足营业连续和资产连续）在解决股权划转的这个问题时，将遭遇“障碍”和“诟病”。因为，特别是被划转股权资产属于少数股权时，该股权所在企业改变自己的经营活动将间接导致股权资产对应的经营活动的实质性改变。譬如，母公司A将其持有的另一公司B公司10%的股权划转给其全资子公司C，在划转完成后，B公司在12个月内改变了其经营活动，但充分利用了被划转股权对应的基础资产，构成资产的重大部分，如果在美国联邦税法的“营业连续”规则下，只要满足营业连续或资产连续其中之一的，则可视为满足要求。但在中国税法下，这样的改变将导致其不满足

要求，显然，C 持有 B 的股权比例并不足以使得它对 B 拥有充分的“话语权”，但 B 因其经营调整而改变经营活动，这是一个很正常的商业活动，且不受 C 控制，“硬性”要求 B 不得改变显然是不合理的，也违反了税收中性原则。所以，从此意义上讲，我国税法可以借鉴美国税法的做法。

4. 会计上不得确认损益要求

109 号文明确要求符合特殊性税务的划转必须“划出方企业和划入方企业均未在会计上确认损益”，这即是“会计上不得确认损益”要求。应该讲，与 59 号文特殊性税务处理的要求相比较，这属于资产（股权）划转特殊性税务处理的一个中国特色的“创造”，其实类似的规定在 29 号公告中就已经出现。实质上，就是我们前述的“权益性交易”会计处理原则，即通过所有者权益科目（资本公积）来进行核算。

【疑难问题 5－4】资产（股权）划转中，是否需要满足“股东权益连续性”要求？

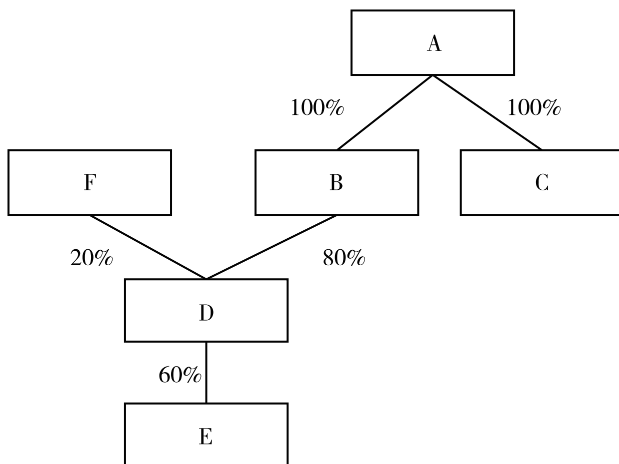
在实践中，部分专家和学者还提出了资产（股权）划转适用特殊性税务处理还需要满足“权益连续性”要求，他们的“佐证”依据是 40 号公告第七条的规定“交易一方在股权或资产划转完成日后连续 12 个月内发生生产经营业务、公司性质、资产或股权结构等情况变化，致使股权或资产划转不再符合特殊性税务处理条件的，发生变化的交易一方应在情况发生变化的 30 日内报告其主管税务机关，同时书面通知另一方”。他们认为，该条规定中的生产经营业务、公司性质、资产或“股权结构等情况变化”实质就是对资产划转业务适用于特殊性税务处理 12 个月内不得转让的进一步解释，其中的“生产经营业务、公司性质、资产”等要求属于股东经营连续性的体现，而“股权结构”则属于股东权益连续性的体现。他们还认为，“12 个月内股权架构的要求意味着划出方和划入方在 12 个月内应该维持划转前的状态，即在划转后的 12 个月内还应该是母子公司（100%控股）或者是兄弟公司之间的关系，这也意味着在划转后的 12 个月内不能出现新股东的增资进入和原股东的减资退出，否则都没法满足这个架构要求”。那么，该规定是否意味着“股东权益连续性”要求呢？笔者认为并非如此。理由很简单，该规定并不意味着发生了前述变化，就必然导致划转的税收待遇发生变更。因为 109 号文仅仅要求“股权或资产划转后连续 12 个月内不改变被划转股权或资产原来实质性经营活动”。概括地讲，该条的规定，仅仅只是描述了股权或资产划转完成后发生的一些的具体情形或事实，并不是说“交易一方”发生了这些情形或事实，就必然导致特殊性税务处理转为一般性税务

处理。因为，该规定后面还有一个限定条件——“致使股权或资产划转不再符合特殊性税务处理条件的”，即是说，如果发生了前述的一些变化，但仍然满足109号文规定的前述的四个条件的话，则这些变化并不导致税收待遇的变化；反之，则将导致变化。

针对上述疑难问题，笔者以如下例子来进行说明：

【例5－1】“母—子”划转后，划入方增资扩股是否改变税收待遇？

假定，在划转交易中，母公司B将其持有的60%的E股权资产无偿划转给其100%持有的D公司。划转完成后，F公司对D公司按照其公允价值溢价增资扩股，D公司、E公司的营业和资产并不改变。增资完成后的股权架构如下图：



【分析】1. 总体的分析思路是，需要按照109号文规定的特殊性税务处理适用条件来逐一分析：[①]

首先，划转中的交易方B公司并没有转让或处置其持有的任何D公司股权，保持股东权益连续，即使其股权被稀释到80%，但在增资扩股时，其划转的资产已经作价并计算了股权比例，所以该80%股权对应的权益包含了划转资产对应的价值，不违反“股东权益连续性”要求（尽管D公司的股权结构发生了变化）；

其次，尽管D公司增资扩股了，但D公司仍然持有并运营划入资产（或原营业活动），并不违反“经营连续性”要求；

---

① 笔者注：尽管109号文没有规定“股东权益连续性”规则，但笔者在下面分析时依然考虑了该规则。

最后，由于该增资是公允的，在增资中，划转的交易各方并未获得额外的税收利益，具有合理商业目的。

综上所述，无论如何，划转交易都不会因增资导致的D公司股权结构发生变化从而带来不同的税收待遇。故，就如笔者前述，交易一方股权结构发生变化，仅仅是事实而不是结论，还要具体分析是否违反适用条件，不能机械地理解法条规定并适用。

2. 引申思考：交易一方划转后12个月内股权结构发生变化是否可能导致税收待遇发生变化呢？答案是肯定的。

譬如，假定B转让了其持有的80%D股权，此时，显然B违反了股东权益连续性要求。但笔者认为，它并不必然违反109号文所规定的“股权或资产划转后连续12个月内不改变被划转股权或资产原来实质性经营活动”，并不构成40号公告规定的“致使股权或资产划转不再符合特殊性税务处理条件的”前提条件。因此，依然可以适用特殊性税务处理。所以，从此意义，上讲，109号文借鉴59号文企业重组特殊性税务处理的要求时考虑并不完善。

看到这，读者可能脑海中会出现一个问题。即，如果是B公司自身的股权结构发生了变化呢？我们讲，这是59号文都没有考虑周详的一个问题，其实质是可以通过B公司的股东层面间接转股的方式，来达到退出之目的。比如，A公司将其持有的100%股权转让给第三人，此时，我们参照59号文和4号公告来看一下：59号文第五条第（五）项规定：“企业重组中取得股权支付的原主要股东，在重组后连续12个月内，不得转让所取得的股权。”4号公告第二十条规定：“《通知》第五条第（五）项规定的原主要股东，是指原持有转让企业或被收购企业20%以上股权的股东。”显然，如果是在59号文下，我们只能去适用“十、企业在重组发生前后连续12个月内分步对其资产、股权进行交易，应根据实质重于形式原则将上述交易作为一项企业重组交易进行处理”。所以，在前述情形下，如果B公司的股权结构发生变化可能导致违反“股东权益连续性”、“经营连续性”以及“合理商业目的”要求。所以，40号公告考虑这一点是恰当的，实质上与59号文的要求保持一致。

最终结论：交易任何一方的资产或股权结构发生变化，都需要进行审查，具体分析，但并非必然导致税收待遇发生变化。

（二）符合特殊性税务处理条件划转的情形

根据40号公告第一条的规定，符合特殊性税务处理条件划转的情形包括如下两大类四种情形。即，按照有无对价分为“有对价划转”（第一种情形）和

“无对价划转”（后三种情形）。参见下表5－3：

表5－3：符合特殊性税务处理条件的资产（股权）划转情形

情形	40号公告规定	解释和说明
“母—子”划转（股权对价）：增资行为	第一条第（一）项：100%直接控制的母子公司之间，母公司向子公司按账面净值划转其持有的股权或资产，母公司获得子公司100%的股权支付。母公司按增加长期股权投资处理，子公司按接受投资（包括资本公积，下同）处理。母公司获得子公司股权的计税基础以划转股权或资产的原计税基础确定。	该“母—子”划转情形实质是母公司对子公司进行投资（增资行为），取得子公司的股权支付对价
“母—子”划转（无对价）	第一条第（二）项：100%直接控制的母子公司之间，母公司向子公司按账面净值划转其持有的股权或资产，母公司没有获得任何股权或非股权支付。母公司按冲减实收资本（包括资本公积，下同）处理，子公司按接受投资处理。	该“母—子”划转情形实质是母公司对子公司进行非股权投资性质的权益性交易，未取得任何对价
“子—母”划转（无对价）	第一条第（三）项：100%直接控制的母子公司之间，子公司向母公司按账面净值划转其持有的股权或资产，子公司没有获得任何股权或非股权支付。母公司按收回投资处理，或按接受投资处理，子公司按冲减实收资本处理。母公司应按被划转股权或资产的原计税基础，相应调减持有子公司股权的计税基础。	该“子—母”划转情形实质是子公司与母公司之间的非股权投资性质的权益性交易，未取得任何对价
“子—子”划转（无对价）	第一条第（四）项：受同一或相同多家母公司100%直接控制的子公司之间，在母公司主导下，一家子公司向另一家子公司按账面净值划转其持有的股权或资产，划出方没有获得任何股权或非股权支付。划出方按冲减所有者权益处理，划入方按接受投资处理。	该“子—子”划转情形实质是子公司与母公司之间和母公司与另一子公司之间的非股权投资性质的权益性交易的组合，未取得任何对价

（三）符合特殊性税务处理条件划转的财税处理

1.“母—子”划转（增资）的财税处理

40号公告第一条第（一）项的规定间接“澄清”了有关“划转”与“增资”（或“股权并购”）之间的争议。在以往的实践中，“划转”是否隐含着即“无偿划转”的涵义一直有所争议。从该规定来看，“划转”有可能是“有偿划转”，也有可能是“无偿划转”。对于“有偿划转”，依据子公司支付股权对价

的股权的不同，又可以分为对子公司的股权投资和对子公司持有的其他公司的股权进行收购两类。譬如，子公司直接增发股份支付给母公司的，母公司则为股权投资（下称“直接股权投资”，亦属于“增资”或“定向增发”）；如果子公司以其持有的其他公司的股权作为支付对价的，则实际相当于母公司以划转资产收购了子公司持有的其他公司股权（即股权收购或股权转让，下称“股权收购”，可以适用59号文处理）。

【疑难问题5－5】40号公告将“增资”行为纳入“划转”是否可能导致避税行为的发生？

我们知道，根据116号文的规定，非货币性资产投资按照5年递延平均分期纳税。但40号公告实质在股权投资的优惠政策基础上对100%直接控股的母公司向子公司投资给予了更特殊的政策，可能导致避税行为的产生。笔者以如下情形来说明：

情形1：先以现金新设100%控股子公司，再免税划转非货币性资产

假定，投资人A公司本来计划以公允价值2000万的非货币性资产（计税基础1000万）新设成立B公司，100%控股，按照116号文则会确认非货币性资产转让所得1000万，并分5年纳税。但如果，A公司以少部分现金（比如100万元）先设立B公司，100%控股，在B设立之后，按照109号文和40号公告第一条第（一）项规定，采用A公司向B公司划转的方式进行增资，A公司增加长期股权投资，计税基础按照划转资产的原计税基础确定。A公司不确认所得。B公司取得被划转资产的计税基础，以被划转资产的原计税基础确定。当然，毕竟109号文还有个要求就是“凡具有合理商业目的、不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的”。

情形2：先以现金新设100%控股子公司，再免税划转非货币性资产，最后以非100%控股子公司吸收合并该新设100%控股子公司

假定，A公司持有B公司80%的股权，现在A公司计划以公允价值2000万的非货币性资产（计税基础1000万）对B公司增资（假定其他股东放弃增资优先购买权），如果按照116号文显然需要确认非货币性资产转让所得1000万，并分5年纳税。事实上，我们可以通过两种方法来规避：

（1）先收购B公司其他小股东的股权，使得B公司成为100%控股的子公司（当然有可能无法实现收购，因为小股东不愿意）。收购完成后，再按照免税划转处理；

（2）先按照情形1下所述的方法以小部分现金设立C公司，再对C划转增

资，然后B公司吸收合并C公司。当然，此时，B公司的小股东有回购请求权，如果他们要行使，B公司就应该回购，或者由A公司收购。如果B公司的小股东同意吸收合并，则全部采用B公司增发自身股权作为支付对价，满足59号文特殊性税务处理的要求，吸收合并是免税合并，B公司获得的C公司的非货币性资产为其原计税基础。当然，59号文有两个杀手锏，一是，合理的商业目的；二是，“实质重于形式”原则的适用（但可能会受制于12个月）。

如上所述，通过这样的方法，我们始终可以构建满足条件100%直接控股下的免税划转路径。结论是，40号公告不能将有股权对价的增资包括进来。这本属于116号文和59号文的任务。因为，116文本来就是处理存在股权对价时的非货币性资产投资税务处理的规定，40号公告的规定将可能使该文成为摆设。即便要给予100%直接控股下母公司对子公司增资的特殊税收优惠政策，也可以在116号文的基础之上，针对100%直接控股增资这种情形单独给予政策，而不能将其纳入划转中来进行处理。同时，59号文还可以适用被投资企业增发自身股份收购投资者超过50%比例实质经营性资产的交易，此种情形下，109号文将增资纳入划转，实质将低于50%比例的实质经营性资产甚至非实质经营性资产的业务也纳入了特殊性税务处理的范畴，从而导致116号文和59号文的部分税收政策的“落空”。

2.“母—子”划转（无对价）的财税处理

40号公告第一条第（一）项的规定似乎从“税务角度”间接明确了“母—子”无偿划转的会计处理问题，特别是母公司层面的会计处理问题。与29号公告类似的是，实务中存在两种主要的处理方式：一是，母公司计入长期股权投资处理；二是，母公司冲减资本公积（溢价），不足的依次冲减留存收益。笔者无意去争辩这些观点，笔者认为我们要考虑的是，40号公告采用冲减资本公积（溢价）的处理方式，是否从理论和实践中站得住脚，如果没有问题，那就按照其规定处理即可。从理论和实践来看，冲减资本公积是可以的。从目前国有企业资产划转的实践来看，基本采用的是直接冲减母公司的资本公积（溢价），不够冲减的，冲减留存收益。需要注意的是，在这种处理方式下，由于并没有计入长期股权投资，因此，在确定母公司对划入子公司的现有股权计税基础时，存在财税差异，即应当调增现有股权计税基础。

3.“子—母”划转（无对价）的财税处理

母公司接受子公司划转资产，因为子公司没有减资行为，所以，母公司并没有实际减少最初的长期股权投资成本，从权益性交易实质来看，母公司接受

划转资产时还是直接增加资本公积（溢价）为宜。从理论和交易架构来看，“子—母”划转可以按划转的资产是否包含股权资产来具体划分：一是，如果仅仅包含的是子公司的非股权资产的话，则直接视为母公司收回投资成本冲减其股权计税基础处理；如果仅仅是子公司持有的股权资产的话，则可能存在“企业分立”和“收回投资成本”两种税务处理的竞合（参见【例5－2】）；如果同时包含前述两类资产的话，则只能按照收回投资成本来处理。

【疑难问题5－6】如何理解和适用“子公司按冲减实收资本处理”？

该规定实际意味着，子公司是按照减资在进行处理，即否定了股息分配的处理方式。带来的问题是，如果子公司不走减资程序，子公司怎么能够冲减实收资本？这显然违反了公司法以及会计法规的要求，实际冲减资本公积（溢价），不足的冲减留存收益是恰当的处理方式。

【例5－2】“子—母”划转中，母公司如何调减持有子公司股权的计税基础？

假定，母公司A100%持股子公司B，B公司100%持股C公司。在划转交易中，B将其持有的100%C股权资产无偿划转给其母公司A。实践中，由于B公司经过经营和积累，可能其资产规模已经远远大于A公司最初的长期股权投资成本。因此，B公司对外投资设立C公司时，可能长期股权投资成本也远远大于A公司对B公司的长期股权投资成本。比如，A公司对B公司的投资成本为1个亿，而B公司对C公司的投资成本为1.5个亿。此时，如何调减A公司持有的B公司股权的计税基础？存在如下两种可能的调减方法：

一是，按照B公司划出C股权资产公允价值占整个B公司净资产公允价值的比例来划分。这种处理方式，实质与59号文规定的企业分立的不需要放弃“旧股”的计税基础的调整一致。假定，划转的C股权公允价值4个亿，B公司净资产的公允价值为6个亿，则比例为2/3。因此，冲减的股权投资成本＝1×2/3＝0.67亿。即使C股权公允价值为4个亿，但在59号文下，并不适用所得确认规则。同时，A公司持有的C股权资产的计税基础为0.67亿。A公司持有的B股权的计税基础减少至0.33亿（1－0.67）。我们可以看出，如果适用59号文企业分立按照比例来调整A公司持有的B股权计税基础的话，则A公司持有的C股权资产不能按照其原计税基础确定，因为如果这样处理将导致总体税负变化。

二是，划转C股权资产的原计税基础金额视为全部收回。由于A公司持有B公司原股权计税基础仅为1个亿不够冲减，出现负数0.5个亿，登记备查簿，

以后股权处置的时候，再将负数恢复回来。但将计税基础冲减到负数这样的处理方式，显然与目前的企业所得税法规相冲突。

笔者认为，40 号公告的“相应调减”应该是全部调减划出资产的原计税基础，即使调减到负数，因为可以保持总体税负不会变化（但与现有的企业所得税法的规定相冲突）。但当划出资产为股权资产时，会与 59 号文的企业分立的特殊性税务处理相竞合，会出现不同的计税基础处理。

4. “子—子”划转（无对价）的财税处理

在 109 号文和 40 号公告出台之后，如何从理论和交易架构上认识“子—子”划转主要包括如下三种观点：

观点一：“子—子”划转视为“子—母”划转加“母—子”划转的组合。具体分解为：（1）母公司在划出资产子公司部分清算（划转资产）中收回了投资成本，但不确认所得，按照划转资产原计税基础调减母公司持有的划出资产子公司的现有股权的计税基础；（2）母公司将第（1）步中取得的划转资产划转到划入子公司中，亦不确认所得，母公司对划入子公司的现有股权的计税基础相应调增划转资产原计税基础；（3）划入子公司取得的划入资产的计税基础为其原计税基础。

观点二：“子—子”划转视为“无对价的资产收购重组”，仅仅是计税基础的内部调整和转移。具体分解为：（1）划入资产子公司发行自身股份作为对价收购划出子公司持有的股权资产；（2）划出子公司以收到的股权对价回购母公司持有的对应的自身股权。前述股权对价仅仅是计税基础的转移，并非“真实的”股权对价，即是说等值于划转资产原计税基础的对价转移；而回购冲减的母公司股权投资计税基础则按照划转资产原股权投资计税基础调减。这样处理的结果是，母公司持有的划出子公司的现有股权的计税基础减少，而持有的划入子公司的现有股权的计税基础增加。

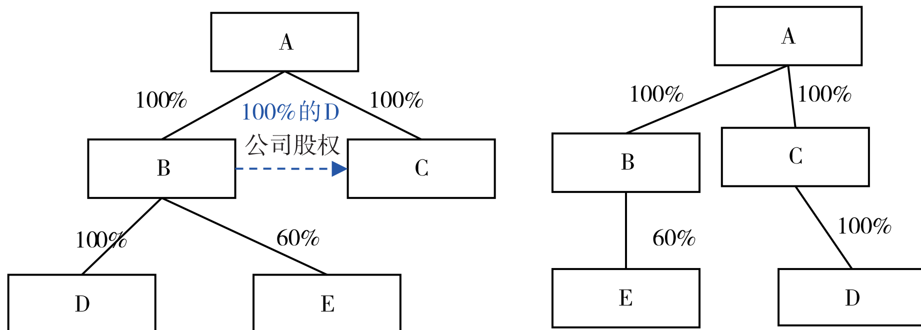
观点三：“子—子”划转视为放弃“旧股”的企业分立重组。具体分解为：（1）划出子公司（被分立企业）将划转资产分离到划入子公司（已存续的分立企业）中；划入子公司增发自身股份作为对价支付给划出子公司；（2）划出子公司在分配中将划入子公司股份分配给母公司，并回收母公司持有的划出子公司持有的自身股份。类似于观点二，交易中的对价实质是计税基础的调整和转移。

上述三种观点，基于不同的视角试图对“子—子”划转交易进行解释，但由于该划转交易不存在形式上的对价，所以，其实质都是在税法视角上，将母公司持有的划出子公司和划入子公司的股权计税基础进行转移调整，使转移调

整后的计税基础总额与划转前的计税基础总额保持不变。

【例5-3】“子—子”划转的财税处理

假定，D公司股权投资成本1.5个亿（公允价值4个亿），在A公司主导下，B公司将其持有的100%D股权划转给C公司。划转时，B公司注册资本1个亿，资本公积（溢价）为0，留存收益为1个亿（B公司公允价值6个亿）。A公司持有的B公司股权投资成本为1个亿，B公司持有的D公司股权的投资成本为1.5个亿。假定，在成本法核算下，D公司未进行任何股利分配。有关交易股权架构图如下：



【解析】

1. 会计处理

由于B公司和C公司同受A公司控制，因此B公司将D公司股权资产划转到C公司名下应参照《企业合并准则》（2006）的规定进行处理，即属于业务的合并。会计处理如下：

B：借：资本公积（溢价）　1.5

贷：长期股权投资——D　1.5

C：借：长期股权投资——D　1.5

贷：资本公积（溢价）　1.5

A：不进行账务处理。

2. 税务处理

按照109号文的规定，假定具有合理商业目的、不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的，股权或资产划转后连续12个月内不改变被划转股权或资产原来实质性经营活动条件都满足，并且划出方B公司和划入方C公司会计上都不确认所得（见上述会计处理），则：

（1）划出方B公司和划入方C公司税法上都不确认所得；

（2）C公司取得的D股权资产的计税基础以1.5亿元确定；

（3）A公司持有的B股权计税基础调减1.5亿；

（4）A公司持有的C股权计税基础调增1.5亿。

五、资产划入、划转的其他税种税务处理

在本专题前四个部分，笔者主要介绍了企业所得税的税务处理问题，但资产划入、划转还可能会涉及其他税种的税务问题。

（一）增值税问题

如果资产划入、划转的资产涉及增值税应税货物、固定资产时，则根据《增值税暂行条例实施细则》第四条第（六）项的规定，将自产、委托加工或者购进的货物作为投资，提供给其他单位或者个体工商户的，应视同销售。同时，根据《财政部、国家税务总局关于全国实施增值税转型改革若干问题的通知》（财税［2008］170号）、《财政部、国家税务总局关于部分货物适用增值税低税率和简易办法征收增值税政策的通知》（财税［2009］9号）、《国家税务总局关于增值税简易征收政策有关管理问题的通知》（国税函［2009］90号）、《国家税务总局关于一般纳税人销售自己使用过的固定资产增值税有关问题的公告》（国家税务总局公告2012年第1号）以及《财政部、国家税务总局关于简并增值税征收率政策的通知》（财税［2014］57号）等相关文件，将固定资产（非房地产）用于划入或划转的，应视同销售，缴纳增值税。

对于资产（无形资产、不动产）无偿划入、划转发生的财产权转移行为是否应征收增值税尚不清晰。根据前述营改增的36号文附件1《营改增试点实施办法》第十四条、14号公告、15号公告等相关规定，似乎应视同销售或转让，属于增值税应税范围。笔者认为，鉴于109号文下的资产（股权）划转属于100%直接控股集团内部的资产（无形资产、不动产）的重组行为，不属于赠与行为。由于在同一集团内部转移，资产始终置于最终控制人的控制下，最终控制人依然将要承担资产的全部风险，可以考虑给予不征收增值税政策。类似地，如果29号公告规范的是100%控股的母公司与其子公司之间的资产划入时，也给予不征收增值税政策。当然，读者应密切关注国家税务总局的后续政策。

（二）土地增值税问题

在国家层面颁布的土地增值税政策中，并没有一个普遍适用的关于无偿划转房地产可以免征（不征）土地增值税的文件，实践操作中，只能是参考《土

地增值税暂行条例实施细则》和相关的规范性文件。根据《土地增值税暂行条例》第二条规定："转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物（以下简称转让房地产）并取得收入的单位和个人，为土地增值税的纳税义务人（以下简称纳税人），应当依照本条例缴纳土地增值税。"《土地增值税实施细则》第二条进一步规定："条例第二条所称的转让国有土地使用权、地上的建筑物及其他附着物并取得收入，是指以出售或者其他方式有偿转让房地产的行为。不包括以继承，赠与方式无偿转让房地产的行为。"《财政部国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知》（财税字［1995］48 号）第四条进一步对细则中"赠与"所包括的范围进行了明确："细则所称的赠与是指如下情况：（一）房产所有人、土地使用权所有人将房屋产权、土地使用权赠与直系亲属或承担直接赡养义务人的；（二）房产所有人、土地使用权所有人通过中国境内非营利的社会团体、国家机关将房屋产权、土地使用权赠与教育、民政和其他社会福利、公益事业的。上述社会团体是指中国青少年发展基金会、希望工程基金会、宋庆龄基金会、减灾委员会、中国红十字会、中国残疾人联合会、全国老年基金会、老区促进会以及经民政部门批准成立的其他非营利的公益性组织。"因此，在实务中对无偿划转资产是否征收土地增值税有两种不同观点：

观点一：资产（土地、房屋）的无偿划转要区分企业的经济性质，对于国有企业不在土地增值税征税范围内，因此不用征收土地增值税；对于其他类型企业则应认定为赠与行为且不属于上述不征税的赠与行为，应征收土地增值税。

观点二：无偿划转只是同一投资主体内部所属企业之间的划转行为，不论经济性质是否属于国有，都应依据条例第二条的规定认定不属于土地增值税的征税范围，不应征收土地增值税。

笔者认为，从《土地增值税实施细则》和财税字［1995］48 号文的规定来看，不同企业之间的房地产无偿划拨不属于现行政策中规定的以无偿赠与方式转让房地产的行为，因此，从基本政策的角度来看，这种行为不属于应当不征收土地增值税的行为。从这个意义上讲，观点一无疑是"正统"的观点。

目前有关无偿划转土地增值税的规定主要是针对个案逐案进行审批，没有统一政策。例如《财政部、国家税务总局关于中国建银投资有限责任公司有关税收政策问题的通知》（财税［2005］160 号）第一条第一款规定："重组分立过程中，原中国建设银行无偿划转给建银投资的不动产，不征收土地增值税。"《财政部 国家税务总局关于中国中信集团公司重组改制过程中土地增值税等政策的通知》（财税［2013］3 号）规定："在中信集团整体改制为中国中信集团

有限公司（以下简称中信有限）过程中，对中信集团无偿转移到中信有限的房地产，以及中信集团无偿转移到中国中信股份有限公司（以下简称中信股份）的房地产，不征土地增值税。”再比如，北京市地方税务局《关于北京房地产集团有限公司无偿承受非经营性房产有关契税、土地增值税问题的通知》（京地税地［2009］187号）第二条第一款规定：“根据《中华人民共和国土地增值税暂行条例》的规定，北京汽车工业控股有限责任公司等八家企业将非经营性房产无偿划转北京房地集团有限公司，不属于土地增值税征收范围，不征收土地增值税。”

综上所述，无论是央企还是地方国企，享受无偿划转不征收土地增值税的待遇必须是要经过有关部门的特批，这主要是因为上位法中没有这样类似的规定，要突破基本政策的规定只能是单独发特批文件。

（三）契税问题

根据《财政部 国家税务总局关于进一步支持企业事业单位改制重组有关契税政策的通知》（财税［2015］37号）第六条“资产划转”第二款规定：“同一投资主体内部所属企业之间土地、房屋权属的划转，包括母公司与其全资子公司之间，同一公司所属全资子公司之间，同一自然人与其设立的个人独资企业、一人有限公司之间土地、房屋权属的划转，免征契税。”因此，109号文所规定的资产（股权）划转免征契税。类似地，如果29号公告适用的资产划入系母公司与其全资子公司之间的划转，免征契税。

专题6：公司借款、关联借款以及“统借统还”税务问题

内容概览

在第1至5专题中，笔者集中介绍了有关公司权益性融资的税务问题。从本专题开始，我们将进入债务性融资部分。本专题将主要介绍公司借款、关联借款、自然人借款以及“统借统还”等债务融资的税务问题。本专题包含如下内容：

■ 企业借款费用的税务处理问题

■ 关联方借款利息费用的税务问题

■ 投资者投资未到位而发生的利息支付问题

■ 向自然人借款利息费用的税务问题

■ 个人投资者借款未按期偿还视同股息分配的税务问题

■ 统借统还业务的税务问题

一、企业借款费用的税务处理问题

（一）企业借款费用的所得税处理

《企业所得税法实施条例》第三十七条规定：“企业在生产经营活动中发生的合理的不需要资本化的借款费用，准予扣除。企业为购置、建造固定资产、无形资产和经过12个月以上的建造才能达到预定可销售状态的存货发生借款的，在有关资产购置、建造期间发生的合理的借款费用，应当作为资本性支出计入有关资产的成本，并依照本条例的规定扣除。”

《企业所得税法实施条例》第三十八条规定：“企业在生产经营活动中发生的下列利息支出，准予扣除：（一）非金融企业向金融企业借款的利息支出、金融企业的各项存款利息支出和同业拆借利息支出、企业经批准发行债券的利息支出；（二）非金融企业向非金融企业借款的利息支出，不超过按照金融企业同

期同类贷款利率计算的数额的部分。”该规定意味着，企业向金融企业借款而发生的利息支出，一般情况下可以在税前扣除，企业之间借款、企业向个人借款而发生的利息支出，必须在金融企业同期同类贷款利率计算的限额内扣除，超过部分不得扣除。但条例并没有对什么是同期同类贷款利率进行明确，这也导致实践中，各地执行不一。《国家税务总局关于企业所得税若干问题的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 34 号，下称“34 号公告”）对金融企业同期同类贷款利率的确定问题进行了明确。34 号公告第一条“关于金融企业同期同类贷款利率确定问题”明确规定：

“根据《实施条例》第三十八条规定，非金融企业向非金融企业借款的利息支出，不超过按照金融企业同期同类贷款利率计算的数额的部分，准予税前扣除。鉴于目前我国对金融企业利率要求的具体情况，企业在按照合同要求首次支付利息并进行税前扣除时，应提供‘金融企业的同期同类贷款利率情况说明’，以证明其利息支出的合理性。

‘金融企业的同期同类贷款利率情况说明’中，应包括在签订该借款合同当时，本省任何一家金融企业提供同期同类贷款利率情况。该金融企业应为经政府有关部门批准成立的可以从事贷款业务的企业，包括银行、财务公司、信托公司等金融机构。‘同期同类贷款利率’是指在贷款期限、贷款金额、贷款担保以及企业信誉等条件基本相同下，金融企业提供贷款的利率。既可以是金融企业公布的同期同类平均利率，也可以是金融企业对某些企业提供的实际贷款利率。”

如何理解和适用上述规定，需要注意如下要点：

1. 同期同类贷款利率包括基准利率加浮动利率

早在 2003 年 9 月 30 日，国家税务总局对四川省地方税务局的批复《国家税务总局关于企业贷款支付利息税前扣除标准的批复》（国税函［2003］1114 号）① 就明确规定：“按照中国人民银行规定，金融机构贷款利率包括基准利率和浮动利率，因此，金融机构同类同期贷款利率包括中国人民银行规定的基准利率和浮动利率。”但《中国人民银行关于调整金融机构存、贷款利率的通知》（银发［2004］251 号）文件规定，自 2004 年 10 月 29 日起，金融机构贷款利率不再实行上浮限制，因此金融企业浮动利率变得不再统一，而《实施条例》第三十八条规定，非金融企业向非金融企业借款的利息支出，不超过按照金融企业同期同类贷款利率计算的数额的部分，准予税前扣除，纳税人和税务机关实

① 笔者注：该文已全文失效。

务中有很多争议，各地税务机关也对该问题规定不一。例如天津市国、地税、河北地税规定，只能在基准利率内扣除；上海市税务局规定，在总局没有规定之前，实际发生的利息支出，只要不超过司法部门的上限，均可以扣除。河南国税等，要求按照基本开户银行的同期贷款利率执行。34 号公告从国税总局层面首次对此进行了明确，实质是基本上就可以按照“实际支付的利息”扣除了。

2. 明确了金融企业的范围

34 号公告明确规定，金融企业应为经政府有关部门批准成立的可以从事贷款业务的企业，包括银行、财务公司、信托公司等金融机构。需要注意的是，根据当时中国人民银行发布的《金融机构编码规范》（银发［2009］363 号）①的规定，小额贷款公司属于金融机构。《国家税务总局关于企业所得税核定征收若干问题的通知》（国税函［2009］377 号）第一条第（四）项规定：“银行、信用社、小额贷款公司、保险公司、证券公司、期货公司、信托投资公司、金融资产管理公司、融资租赁公司、担保公司、财务公司、典当公司等金融企业……”该规定同样把小额贷款公司纳入金融企业范围。

3. 明确了利息支出扣除上限

34 号公告规定，企业在按照合同要求首次支付利息并进行税前扣除时，应提供“金融企业的同期同类贷款利率情况说明”，以证明其利息支出的合理性。“金融企业的同期同类贷款利率情况说明”中，应包括在签订该借款合同当时，本省任何一家金融企业提供同期同类贷款利率情况。即是说，只要能提供相关证据，利息支出可以是不超过本省最高的金融企业同期同类贷款利率。首次支付利息的后续利息支出也以此为上限。而作为金融企业，小额贷款公司贷款利率上限为基准利率四倍，因此非金融企业向非金融企业借款利息支出扣除上限最高可达基准利率四倍。

4. 明确了同期同类贷款的涵义

34 号公告规定，“同期同类贷款”是指在贷款期限、贷款金额、贷款担保以及企业信誉等条件基本相同下，金融企业提供的贷款。需要注意的是，企业向自然人借款的利息支出并不适用，而应该适用《国家税务总局关于企业向自然人借款的利息支出企业所得税税前扣除问题的通知》（国税函［2009］777 号）的规定执行。

【疑难问题 6－1】 银行中间业务形成的“财务咨询费”等如何进行税务处理？

---

① 笔者注：目前最新的版本是 2014 年 9 月 22 日发布的 JR/T 0124－2014。

在实践中，商业银行往往为了扩大其中间业务收入，将本应属于表内业务的贷款利息收入人为地拆分为两部分：贷款利息和“财务咨询费”等，而后者往往还占较大的部分。借款企业在实际处理此类“财务咨询费”时，应作为借款费用来进行处理，区别不同的情形处理。根据《国家税务总局关于企业所得税应纳税所得额若干税务处理问题的公告》（国家税务总局公告 2012 年第 15 号）第二条“关于企业融资费用支出税前扣除问题”的规定：“企业通过发行债券、取得贷款、吸收保户储金等方式融资而发生的合理的费用支出，符合资本化条件的，应计入相关资产成本；不符合资本化条件的，应作为财务费用，准予在企业所得税前据实扣除。”

有关企业贷款融资中与该笔贷款直接相关的投融资顾问费、手续费、咨询费等费用的增值税处理，详见后文第（三）部分内容。

（二）企业向金融企业借款的印花税

企业与金融企业因贷款而签订的借款合同属于《印花税暂行条例》附件所列示的需要缴纳印花税的合同。需要注意的是，需要贴花的借款合同是指银行及其他金融组织和借款人（不包括银行同业拆借）所签订的借款合同。同时，根据《国家税务总局关于印花税若干具体问题的解释和规定的通知》（国税发［1991］155 号）第五条的规定：“我国的其他金融组织，是指除人民银行、各专业银行以外，由中国人民银行批准设立，领取经营金融业务许可证书的单位。”因此，企业与金融企业签订的借款合同应按万分之零点五的税率贴花。

（三）企业提供及接受贷款服务的增值税

根据 36 号文附件 2《营改增试点事项规定》第一条第（三）项“销售额”第 1 点规定：“贷款服务，以提供贷款服务取得的全部利息及利息性质的收入为销售额。”

根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》第二十七条的规定：“下列项目的进项税额不得从销项税额中抵扣：……（六）购进的……贷款服务……”。

《营改增试点事项规定》第一条第（四）项“进项税额”第 3 点的规定：“纳税人接受贷款服务向贷款方支付的与该笔贷款直接相关的投融资顾问费、手续费、咨询费等费用，其进项税额不得从销项税额中抵扣。”

从上述规定可以看出：

1. 企业（包括金融企业）提供贷款服务，以提供贷款服务取得的全部利息及利息性质的收入为销售额；

2. 企业接受贷款服务所支付的贷款利息支出不允许进项抵扣；

3. 企业接受贷款服务向贷款方支付的与该笔贷款直接相关的投融资顾问费、手续费、咨询费等费用，其进项税额亦不得从销项税额中抵扣。但企业支付的（与贷款服务直接相关以外的）各类手续费及类似性质的费用所对应的进项税仍然可以抵扣。

我们可以发现，营改增后，从借款方的视角来看，36 号文规定企业贷款利息支出对应的进项税不得抵扣，使得增值税抵扣链条在企业贷款融资环节出现中断，对于以贷款为主要融资渠道的企业来说，将无法实际获得营改增带来的融资成本降低。因此，这一政策将使得贷款融资在增值税方面不具优势。

需要特别注意的是，基于贷款服务并未提供差额征税待遇，在实务中，对施行财务资金集中管理的集团公司而言，每一笔借款资金在集团内部的转贷都可能涉及多个贷款环节的多个纳税人的增值税重复征税问题。当然，根据《营改增试点过渡政策规定》第一条第（十九）项第 7 点的规定，可以通过“集团统借统还”来解决重复征税的问题，但鉴于“集团统借统还”有其适用条件和范围，它并不能解决所有企业之间借贷的增值税问题。

【疑难问题 6－2】 企业之间无偿借款是否缴纳增值税?

在营改增前，关于企业之间无偿借款是否缴纳营业税的问题存在一定争议。即，根据《营业税暂行条例》第三条规定：“条例第一条所称提供条例规定的劳务、转让无形资产或者销售不动产，是指有偿提供条例规定的劳务、有偿转让无形资产或者有偿转让不动产所有权的行为。前款所称有偿，是指取得货币、货物或者其他经济利益。”而在营业税“视同销售”中并未提及企业为其他企业无偿借款的行为需要视同发生应税行为缴纳营业税。因此，税企之间往往就是否属于“有偿”，是否可以直接适用税收征管法有关“关联业务往来”规定直接调整等争议不休。

在营改增后，根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》第十四条规定：“下列情形视同销售服务、无形资产或者不动产：（一）单位或者个体工商户向其他单位或者个人无偿提供服务，但用于公益事业或者以社会公众为对象的除外……”。该规定意味着，如果企业之间（不论是否存在关联关系）发生资金借贷行为，即使贷款方没有收取利息，只要其不属于用于公益事业或者以社会公众为对象的，亦视同提供贷款服务，应缴纳增值税。显然，该规定相比原营业税下的规定更为严格，即是说即使是“无偿”的贷款服务应属于增值税应税范围。

二、关联借款利息费用的税务问题

（一）关联借款利息费用的所得税处理

除了前述的企业向金融企业和非关联非金融企业借款之外，实践中还普遍存在着企业向关联非金融企业借款。在关联借款利息支出扣除上，除了需要遵从有关一般性的不超过同期同类贷款利率计算的部分之外，还需要满足《企业所得税法》及其实施条例有关“资本弱化”的规定。

【疑难问题6－3】什么是“资本弱化”？

资本弱化问题的产生来源于企业对不同融资方式的选择。一般地，企业主要通过两种方式来融资：一是股权融资；二是债权融资。这两种融资方式对企业的所得税税务影响不尽相同。首先，由于债务人支付给债权人的利息可以在税前扣除，而公司在支付股东获得的收益（即股息）时是不能在税前扣除的，选择借债的融资方式相比发行股票的融资方式，从税收角度来讲更具有优势；其次，许多国家对于非居民纳税人获得的利息征收预提所得税税率通常比对股息征收的企业所得税税率低，采用债权投资比采用股权投资的税负更低。对于债务人和债权人同属于一个关联集团的跨国公司而言，就有动机通过操纵融资方式来降低集团整体的税收负担，这就是所谓的“资本弱化”。因此，许多国家在税法上对关联企业之间的债权性投资与权益性投资比例作出限制，防范企业通过操纵各种债务形式的支付手段，增加税前列支，降低税收负担，维护国家的税收利益。

1. 企业所得税法及其实施条例有关资本弱化的规定

《企业所得税法》第四十六条规定：“企业从其关联方接受的债权性投资与权益性投资的比例超过规定标准而发生的利息支出，不得在计算应纳税所得额时扣除。”《企业所得税法实施条例》第一百一十九条规定：“企业所得税法第四十六条所称债权性投资，是指企业直接或者间接从关联方获得的，需要偿还本金和支付利息或者需要以其他具有支付利息性质的方式予以补偿的融资。企业间接从关联方获得的债权性投资，包括：（一）关联方通过无关联第三方提供的债权性投资；（二）无关联第三方提供的、由关联方担保且负有连带责任的债权性投资；（三）其他间接从关联方获得的具有负债实质的债权性投资。企业所得税法第四十六条所称权益性投资，是指企业接受的不需要偿还本金和支付利息，投资人对企业净资产拥有所有权的投资。企业所得税法第四十六条所称标准，由国务院财政、税务主管部门另行规定。”需要注意的是，鉴于实践的复杂

性，债权性投资不仅仅包括贷款和债券等传统方式，融资租赁、补偿贸易、“背靠背贷款”或者委托贷款等各种具有负债实质的投资亦应认定为债权性融资。

经济合作与发展组织（OECD）提倡采用两种方法应对资本弱化：“固定比率法”和“正常交易法”。“固定比率法”也称为“安全港”规则，即在税收上对债务资本和权益资本的比例进行限制，如果公司债务对股本的比率在税法规定的固定比率内，则债务的利息支出允许在税前扣除。如超过法定比率，则超过部分债务的利息支出不允许税前扣除。“正常交易法”即在决定贷款或募股资金的特征时，要看关联方的贷款条件是否与非关联方的贷款相同，如果不同，则关联方的贷款可能被视为隐蔽的募股，要按资本弱化法规处理对利息的征税。

我国针对“资本弱化”的《企业所得税法》第四十六条采用固定债务和权益比率法来防范资本弱化避税的内容，即对从关联方接受的债权性投资和权益性投资比例进行了限定。但我们在下文《财政部、国家税务总局关于企业关联方利息支出税前扣除标准有关税收政策问题的通知》（财税［2008］121 号，下称“121 号文”）中还可以看到“正常交易法”的有关规定。即是说，对于超过标准的部分，企业如果能证明该债务融资符合独立交易原则，也允许税前列支。

2. 税收政策对关联方利息支出的规定

（1）债权性投资和权益性投资比例的规定——121 号文

121 号文对企业所得税法及其实施条例中关于企业接受关联方债权性投资利息支出税前扣除的政策进行了细化和明确。主要包括如下内容：

①121 号文第一条规定：“在计算应纳税所得额时，企业实际支付给关联方的利息支出，不超过以下规定比例和税法及其实施条例有关规定计算的部分，准予扣除，超过的部分不得在发生当期和以后年度扣除。企业实际支付给关联方的利息支出，符合本通知第二条规定外，其接受关联方债权性投资与其权益性投资比例为：金融企业为 5：1；其他企业为 2：1。”

上述规定意味着企业实际支付给关联方的利息支出必须满足两个前提条件才允许扣除：一是，必须满足《企业所得税法实施条例》第三十八条的规定；二是，其接受关联方债权性投资与其权益性投资比例必须满足相关的比例。即是说，非金融企业接受的需要支付利息的关联方债权性投资，只要不超过企业本身的权益性投资的 2 倍，其支付给关联企业的利息支出可以按规定税前扣除。譬如，假设 A 公司注册资本为 500 万元，无其他公积金和未分配利润，则 A 公司可以接受关联方债权性投资为 1000 万元，其符合规定的利息支出可以税前扣除。

②121 号文第二条规定，企业如果能够按照《企业所得税法》及其实施条

例的有关规定提供相关资料，并证明相关交易活动符合独立交易原则的，或者该企业的实际税负不高于境内关联方的，其实际支付给境内关联方的利息支出，在计算应纳税所得额时准予扣除。

对于上述第二条规定，有人认为也应受第一条规定的比例限制，理由是为了防止支付利息的企业无限制地支付利息，从而抵消企业利润，造成少缴纳所得税的现象，也就是防止资本弱化。笔者认为，该条规定的本意是，企业从关联方取得的债权性投资，只要符合第二条规定，则不受第一条比例限制。《企业所得税法》第四十一条规定，企业与其关联方之间的业务往来，不符合独立交易原则而减少企业或者其关联方应纳税收入或者所得额的，税务机关有权按照合理方法调整。也就是说，关联方之间的借款，无论是否在比例之内，都要符合独立交易原则。如果符合独立交易原则的，则不需要进行纳税调整。从另一个方面来看，在企业正常经营需要借款的情况下，不一定非要规定企业只能从非关联方借款，应该也可以从关联方借款，但前提条件是需要符合独立交易原则。《企业所得税法实施条例》第一百一十条规定："《企业所得税法》第四十一条所称独立交易原则，是指没有关联关系的交易各方，按照公平成交价格和营业常规进行业务往来遵循的原则。"如果企业在不需要借款的情况下，也向关联方借款以此转移利润，则不符合营业常规，不符合独立交易原则，其借款利息支出同样不得税前扣除。

【疑难问题6－4】"实际税负"是否需要按照实际执行税率判断？

财税［2008］121号文第二条规定："……或者该企业的实际税负不高于境内关联方的，其实际支付给境内关联方的利息支出，在计算应纳税所得额时准予扣除。"那么，如何判定"实际税负"呢？是否需要按照实际执行税率来判定呢？笔者认为，前述规定意味着，不符合独立交易原则的关联方借款利息支出，只要支付方企业的实际税负低于境内关联方的，其利息支出也不受比例限制，其实际支付给境内关联方的利息支出，在计算应纳税所得额时准予扣除。一般来说，企业不会这样进行处理，因为低税负企业将利息支付给高税负的企业，则高税负的企业要比低税负的企业多纳税。参照国家税务总局下发的《国家税务总局关于印发〈中华人民共和国企业年度关联业务往来报告表〉的通知》（国税发［2008］114号）中《对外投资情况表》（表八）[①] 中对"实际税负"

① 笔者注：依据《国家税务总局关于居民企业报告境外投资和所得信息有关问题的公告》（国家税务总局公告2014年第38号），国税发［2008］114号所附《对外投资情况表》自2014年9月1日起废止。

的计算方法：实际税负比率＝实际缴纳的所得税/应纳税所得额，因此它不是指理论税负或名义执行税率的高低。如对于税率高的企业，在亏损的情况下，则实际不需要缴纳企业所得税，其实际税负就低；而税率低的企业，在盈利时期其所得税税负就高于高税率的亏损的企业。

③121 号文第三条规定："企业同时从事金融业务和非金融业务，其实际支付给关联方的利息支出，应按照合理方法分开计算；没有按照合理方法分开计算的，一律按本通知第一条有关其他企业的比例计算准予税前扣除的利息支出。"

121 号文第一条对从事金融业务的企业的关联方债权性投资与权益性投资比例确定为 5∶1。但如果企业不仅仅从事金融业务，其从事其他业务的部分显然不能按 5∶1 确定债权性投资金额。据此分析，合理方法应该是合理划分企业金融业务与非金融业务比重。

④121 号文第四条规定："企业自关联方取得的不符合规定的利息收入应按照有关规定缴纳企业所得税。"

该规定令人感到困惑的是对"不符合规定的利息收入"如何理解。笔者分析认为，该条的规定仅仅是从利息收入关联方角度进行强调。其原因在于，《企业所得税法》实施以前，我国为了消除国内因关联交易调整造成的重复征税，《国家税务总局关于企业与其关联企业之间的业务往来相应调整问题的批复》（国税函［2003］1284 号）规定"对广州市国家税务局审计该公司与其关联企业之间的融通资金往来所支付或者收取的利息超过或者低于没有关联关系的企业之间所能同意的数额而作出的应纳税的收入或者所得额的调整，应允许其关联企业作相应调整，以消除双重征税。"121 号文第四条的规定实质上确认了对收取利息方要求按全额并入应纳税所得，否定了对利息支出方按规定进行的调整，利息收入可以进行相应调整的处理，加大了对利用"资本弱化"避税方式的惩治力度。即是说，无论利息支付方支付的利息是否符合比例，是否符合独立交易原则，是否符合税法规定的利率水平及范围，利息收入关联方都要按其实际取得的收入按税法规定缴纳所得税。

（2）利息支出的纳税调整——国税发［2009］2 号

《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整实施办法（试行）〉的通知》（国税发［2009］2 号，下称"2 号文"）[①] 专门对资本弱化进行了税收方面的规定。

---

① 笔者注：为响应 OECD 之"税基侵蚀与利润转移"（Base Erosion and Profit Shifting，"BEPS"）的行动计划，2015 年 9 月 17 日，国家税务总局发布了《特别纳税调整实施办法》征求意见稿，对现行 2 号文的内容进行了全面修订。请读者关注有关新法规的出台。

主要包括如下内容：

①明确了不得在计算应纳税所得额时扣除利息支出的计算方法

2 号文第八十五条规定："所得税法第四十六条所称不得在计算应纳税所得额时扣除的利息支出应按以下公式计算：

不得扣除利息支出 = 年度实际支付的全部关联方利息 ×（1 – 标准比例/关联债资比例）

其中：

标准比例是指《财政部 国家税务总局关于企业关联方利息支出税前扣除标准有关税收政策问题的通知》（财税［2008］121 号）规定的比例。

关联债资比例是指根据所得税法第四十六条及所得税法实施条例第一百一十九的规定，企业从其全部关联方接受的债权性投资（以下简称关联债权投资）占企业接受的权益性投资（以下简称权益投资）的比例，关联债权投资包括关联方以各种形式提供担保的债权性投资。"

【疑难问题 6 – 5】 标准比例的确定

国际上应对资本弱化主要采用三种方式：一是加拿大等多数国家采用的固定比例法，即对资本结构中债务资本与权益性资本的比例作出限定，超过规定标准而发生的利息支出，不得在计算应纳税所得额时扣除；二是英国等少数国家采用的独立交易法，不设定债务资本与权益资本的固定比例，而是通过审查关联方的贷款条件是否与独立企业间的贷款条件相同，判断关联方的债权游资是否为隐蔽的股权投资；三是德国采用的固定比例法和独立交易法相结合的方式，即如果纳税人能够证明贷款符合独立企业间的贷款条件，即使贷款比例超过固定比例，其利息支出仍被视为合法利息，可在税前扣除。

采用的固定比例标准不尽相同，实行 3∶1 的国家居多，包括澳大利亚、德国、日本、南非、韩国等国；实行 2∶1 的有加拿大、葡萄牙等。另外，一些国家考虑到金融行业的特殊性，对金融企业规定了比较高的比例。

我国固定比例的确定是在充分考虑中国国情的基础上，借鉴了其他国家的做法，综合制定的。2008 年 9 月，财政部和国税总局联合发布财税［2008］121 号文，对资本弱化条款下的关联债资比例予以明确，即金融企业为 5∶1，其他企业为 2∶1。

2 号文第八十六条规定："关联债资比例的具体计算方法如下：

关联债资比例 = 年度各月平均关联债权投资之和/年度各月平均权益投资之和

其中：

各月平均关联债权投资＝（关联债权投资月初账面余额＋月末账面余额）/2

各月平均权益投资＝（权益投资月初账面余额＋月末账面余额）/2

权益投资为企业资产负债表所列示的所有者权益金额。如果所有者权益小于实收资本（股本）与资本公积之和，则权益投资为实收资本（股本）与资本公积之和；如果实收资本（股本）与资本公积之和小于实收资本（股本）金额，则权益投资为实收资本（股本）金额。”

【疑难问题6－6】债资比例的计算方法

国际上通常采用“年度各月平均关联债权投资之和/年度各月平均关联权益性投资之和”或采用“年度各月平均债权投资之和/年度各月评估权益性投资之和”的计算方法。

我国采用的计算方法“年度各月平均关联债权投资之和/年度各月平均权益性投资之和”，主要是从计算简便的角度予以考虑的，税企双方在进行资本弱化测算时要引起注意。同时，还要注意关联方债权性投资包含的内容。根据《企业所得税法实施条例》的规定，关联方债权性投资亦包括关联方通过非关联方提供的背对背贷款（例如委托贷款），以及由非关联方提供，但由关联方担保的债权性投资。在计算权益性投资时，使用所有者权益的账面价值而非公允价值，也应注意。需要读者关注的是，《特别纳税调整实施办法》（征求意见稿）对债资办理计算的新方法——采用了年度加权平均的方法。

2号文第八十七条规定：“所得税法第四十六条所称的利息支出包括直接或间接关联债权投资实际支付的利息、担保费、抵押费和其他具有利息性质的费用。”

②明确了不得在计算应纳税所得额时扣除利息支出的税收处理

2号文第八十八条规定：“所得税法第四十六条规定不得在计算应纳税所得额时扣除的利息支出，不得结转到以后纳税年度；应按照实际支付给各关联方利息占关联方利息总额的比例，在各关联方之间进行分配，其中，分配给实际税负高于企业的境内关联方的利息准予扣除；直接或间接实际支付给境外关联方的利息应视同分配的股息，按照股息和利息分别适用的所得税税率差补征企业所得税，如已扣缴的所得税税款多于按股息计算应征所得税税款，多出的部分不予退税。”

在此条中应该注意以下几个细节：不得在计算应纳税所得额时扣除的利息支出在各关联方之间进行分配的依据、例外规定、利息与股息税率差的补税规定。

【疑难问题6－7】如何理解和适用利息与股息税率差的补税规定以及多缴

部分不予退税的规定？

无论是在 OECD 协定范本或是 UN 协定范本中，其第十一条“利息”的最后一款都有一个规定：“由于支付利息的人与受益人之间或者他们与其他人之间的特殊关系，就有关债权支付的利息数额超出支付人与受益人没有上述关系所能同意的数额时，本条规定应仅适用于后来提及的数额。在这种情况下，对该支付款项的超出部分，仍应按各缔约国的法律征税，但应对本协定其他规定予以适当注意。”我国在对外签订的税收协定的利息条款最后一款中也都有这一规定。即关联方在支付利息时，能够享受税收协定优惠待遇的利息部分只能是符合独立交易原则的利息部分。对于不符合独立交易原则的利息部分，不能享受税收协定中利息条款的待遇即不视为利息。根据 2 号文第八十八条的规定，将这部分视为一方向另一关联方进行的股息分配，按股息征税，既然是股息，则支付方就这一部分利息支出就不允许在企业所得税税前扣除。如果根据协定，对于利息可以按优惠的 5% 税率征收预提所得税，而股息是按 10% 征收，则对于不符合独立交易原则的利息部分，我国将补征 5% 的预提所得税。相反，如果对于利息的预提所得税是 10%，而股息是 5%，则当时在支付时按 10% 征收的预提所得税，对于不符合独立交易原则的利息部分被视为股息的，多征的税款也不予退税。

③明确了企业在关联债资比例超过标准比例时如何证明关联债券投资金额、利率、期限、融资条件以及债资比例等均需符合独立交易原则

2 号文第八十九条规定：“企业关联债资比例超过标准比例的利息支出，如要在计算应纳税所得额时扣除，除遵照本办法第三章规定外，还应准备、保存、并按税务机关要求提供以下同期资料，证明关联债权投资金额、利率、期限、融资条件以及债资比例等均符合独立交易原则：（一）企业偿债能力和举债能力分析；（二）企业集团举债能力及融资结构情况分析；（三）企业注册资本等权益投资的变动情况说明；（四）关联债权投资的性质、目的及取得时的市场状况；（五）关联债权投资的货币种类、金额、利率、期限及融资条件；（六）企业提供的抵押品情况及条件；（七）担保人状况及担保条件；（八）同类同期贷款的利率情况及融资条件；（九）可转换公司债券的转换条件；（十）其他能够证明符合独立交易原则的资料。”

【疑难问题 6－8】什么是“实际支付利息”？

2 号文第九十一条规定：“本章所称‘实际支付利息’是指企业按照权责发生制原则计入相关成本、费用的利息。企业实际支付关联方利息存在转让定价

问题的，税务机关应首先按照本办法第五章的有关规定实施转让定价调查调整。”因此，按照税法规定，此处的“实际支付利息”应指按税法规定的权责发生制原则先做一般纳税调整，如果存在转让定价问题的，再对其进行转让定价调整，对一般纳税调整和转让定价特别调整后的金额再做资本弱化的特别纳税调整。

下面，笔者以一个例子来对关联方利息支出的所得税处理进行说明：

【例6－1】关联方借款利息支付的所得税处理

假定，A公司、B公司和C公司于2010年1月共同投资1000万元设立甲公司，各自的投资金额和占股比例为：A公司投资200万元，占20%；B公司投资200万元，占20%；C公司投资600万元，占60%。2010年1月，甲公司以10%年利率从A公司借款500万元，以9%年利率从B公司借款600万元，以7%年利率从C公司借款600万元。假定A、B、C和甲公司均为非金融企业；银行同期同类贷款利率为8%；甲公司实际税负高于A公司，且甲公司无法提供资料证明其借款活动符合独立交易原则；B公司可以提供税法规定的相关资料以证明其符合独立交易原则；甲公司实际税负不高于C公司。

【解析】根据《企业所得税法》及其实施条例、财税［2008］121号文的规定，对A、B和C公司的利息支出税务处理如下：

1. 对A公司支付的利息

由于甲公司实际税负高于A公司，且无法提供资料证明其借款活动符合独立交易原则，则甲公司实际支付给A公司的利息支出，不超过财税［2008］121号文规定的债资比例和税法规定计算的部分，准予税前扣除，超过部分不得在发生当期及以后年度扣除。债资比例＝500/200＝2.5＞2，且约定利率高于银行同期同类贷款利率8%，不得扣除的利息支出＝500×（1－2/2.5）＋500×（10%－8%）＝8＋10＝18（万元）或者可扣除的利息支出＝200×2×8%＝32（万元）。因此，18万元利息支出在2010年应做纳税调增，且在以后年度不得扣除。

2. 对B公司支付的利息

由于B公司可以提供税法规定的相关资料以证明其符合独立交易原则，根据财税［2008］121号文第二条的规定，不需要考虑债资比例的规定，但其约定利率9%低于银行同期同类贷款利率8%，则不得扣除的利息支出＝600×（9%－8%）＝6（万元）。

3. 对C公司支付的利息

由于甲公司实际税负不高于C公司，根据财税［2008］121号文第二条的

规定，不需要考虑债资比例的规定，且其约定利率7%低于银行同期同类贷款利率8%，故可扣除的利息支出=600×7%=42（万元）。

4. A、B和C公司的利息收入

A、B和C公司分别从甲公司取得利息收入50万元、54万元、42万元，根据《企业所得税法》以及财税［2008］121号文第四条的规定，均应计入应纳税所得税计算缴纳企业所得税。

（二）关联借款利息费用的增值税处理

与非关联借款利息费用的增值税处理类似，企业向关联非金融企业借款产生的借款利息费用以及与该笔借款直接相关的投融资顾问费、手续费、咨询费等费用，其进项税额不得从销项税额中抵扣。不再赘述。

三、投资者投资未到位而发生的利息支付问题

对于企业由于投资者投资未到位而发生的利息支出扣除问题，《关于企业投资者投资未到位而发生的利息支出企业所得税前扣除问题的批复》（国税函［2009］312号）对此进行了明确。该文规定：

“关于企业由于投资者投资未到位而发生的利息支出扣除问题，根据《中华人民共和国企业所得税法实施条例》第二十七条规定，凡企业投资者在规定期限内未缴足其应缴资本额的，该企业对外借款所发生的利息，相当于投资者实缴资本额与在规定期限内应缴资本额的差额应计付的利息，其不属于企业合理的支出，应由企业投资者负担，不得在计算企业应纳税所得额时扣除。

具体计算不得扣除的利息，应以企业一个年度内每一账面实收资本与借款余额保持不变的期间作为一个计算期，每一计算期内不得扣除的借款利息按该期间借款利息发生额乘以该期间企业未缴足的注册资本占借款总额的比例计算，公式为：

企业每一计算期不得扣除的借款利息=该期间借款利息额×该期间未缴足注册资本额÷该期间借款额

企业一个年度内不得扣除的借款利息总额为该年度内每一计算期不得扣除的借款利息额之和。”

如何理解和适用上述规定，需要注意如下要点：

第一，“规定期限”应以公司章程约定的出资时间为准。根据2014年《公司法》的有关规定，股东实缴资本制已经改变为认缴资本制，因此，在目前适用国税函［2009］312号文件提到的“规定期限”时，应完全以公司章程中约

定的“出资时间”为准。

第二，相当于逾期未到位投资资金的借款利息不得税前扣除。根据国税函［2009］312 号文规定，具体计算不得扣除的利息，应以企业一个年度内每一账面实收资本与借款余额保持不变的期间作为一个计算期，每一计算期内不得扣除的借款利息按该期间借款利息发生额乘以该期间企业未缴足的注册资本占借款总额的比例计算，公式为：企业每一计算期不得扣除的借款利息 = 该期间借款利息额 × 该期间未缴足注册资本额 ÷ 该期间借款额；企业一个年度内不得扣除的借款利息总额为该年度内每一计算期不得扣除的借款利息额之和。笔者以如下例子来进行说明：

【例 6－2】投资者投资未到位而发生的利息支付问题

假定，甲公司由 A 公司独资于 2010 年 1 月成立，注册资本为 2000 万元。公司章程规定，A 公司应于公司注册成立时一次性到位 1200 万元，于 2010 年 3 月 1 日到位 400 万元，剩余投资 400 万元于 2010 年 7 月 1 日前到位。A 公司资本实缴情况是，最后一笔投资 400 万元没有按时到位。

2010 年 3 月 1 日，甲公司从 B 公司处借款 1800 万元（其中 1000 万元为固定资产借款），利率 9%（同期同类银行贷款利率为 7%），贷款期限一年。2010 年度发生借款利息 135 万元（1800 × 9% × 10/12）。

【解析】根据《企业所得税法》以及国税函［2009］312 号文的规定，有关税务处理如下：

1. 应当分期扣除或者计入有关资产成本的资本化的利息支出 = 1000 × 9% × 10/12 = 75（万元）；

2. 超标准的利息支出 = 800 ×（9% － 7%）× 10/12 = 13.33（万元）；

3. 2010 年 3 月 1 日至 2010 年 6 月 30 日不得扣除的利息 = ［（1800 － 1000）× 7% × 4/12］× 400/800 = 9.33（万元）

2010 年 7 月 1 日至 2010 年 12 月 31 日不得扣除的利息 = ［（1800 － 1000）× 7% × 6/12］× 400/800 = 14（万元）

因此，甲公司 2010 年度合计不得扣除的利息费用 = 75 + 13.33 + 9.33 + 14 = 111.66（万元）。

四、向自然人借款利息费用的税务问题

（一）向自然人借款利息费用的所得税问题

在以前的实践中，是否允许向自然人借款的利息支出税前扣除各地政策并

不统一，一个可能的原因在于当时对民间借贷的合法性并没有得以确立。直到《国家税务总局关于企业向自然人借款的利息支出企业所得税税前扣除问题的通知》（国税函［2009］777 号）的出台对此进行了明确。该文规定：

“一、企业向股东或其他与企业有关联关系的自然人借款的利息支出，应根据《中华人民共和国企业所得税法》（以下简称税法）第四十六条及《财政部、国家税务总局关于企业关联方利息支出税前扣除标准有关税收政策问题的通知》（财税［2008］121 号）规定的条件，计算企业所得税扣除额。

二、企业向除第一条规定以外的内部职工或其他人员借款的利息支出，其借款情况同时符合以下条件的，其利息支出在不超过按照金融企业同期同类贷款利率计算的数额的部分，根据税法第八条和税法实施条例第二十七条规定，准予扣除。

（一）企业与个人之间的借贷是真实、合法、有效的，并且不具有非法集资目的或其他违反法律、法规的行为；

（二）企业与个人之间签订了借款合同。”

如何理解和适用上述规定，需要注意如下要点：

第一，依据《企业所得税法》第八条规定：“企业实际发生的与取得收入有关的、合理的支出，包括成本、费用、税金、损失和其他支出，准予在计算应纳税所得额时扣除。”《企业所得税法实施条例》第三十八条则规定：“企业在生产经营活动中发生的下列利息支出，准予扣除：（一）非金融企业向金融企业借款的利息支出、金融企业的各项存款利息支出和同业拆借利息支出、企业经批准发行债券的利息支出；（二）非金融企业向非金融企业借款的利息支出，不超过按照金融企业同期同类贷款利率计算的数额的部分。”从前述规定可以看出，对企业向个人借款发生的支出是否可以扣除并没有明确规定。

第二，国税函［2009］777 号文明确了两类贷款人的处理办法：一是，有关联关系的自然人和其他自然人，其中对关联自然人借款利息扣除按财税［2008］121 号文规定执行。需要注意的是，如果关联自然人不是股东的情况下，企业向他们借款因权益投资为零而得不到利息税前扣除的好处；二是，在双方不存在关联关系的情况下，需要符合两个条件，其利息支出方能按不超过按照金融企业同期同类贷款利率计算的数额进行扣除：（1）企业与个人之间的借贷是真实、合法、有效的，并且不具有非法集资目的或其他违反法律、法规的行为；（2）企业与个人之间签订了借款合同。放在今天来审视该规定，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释［2015］18 号，自 2015 年

9 月 1 日起施行）已经确立了民间借贷的合法性。[①] 其第十四条规定：“具有下列情形之一，人民法院应当认定民间借贷合同无效：（一）套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人，且借款人事先知道或者应当知道的；（二）以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利，且借款人事先知道或者应当知道的；（三）出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；（四）违背社会公序良俗的；（五）其他违反法律、行政法规效力性强制性规定的。”其第十二条规定：“法人或者其他组织在本单位内部通过借款形式向职工筹集资金，用于本单位生产、经营，且不存在合同法第五十二条、本规定第十四条规定的情形，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。”因此，企业与自然人（含职工）之间为了生产、经营需要签订的民间借贷合同，只要不违反合同法第五十二条和本司法解释第十四条规定内容的，应当认定民间借贷合同有效。同时，其第二十六条规定：“借贷双方约定的利率未超过年利率 24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率 36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36% 部分的利息的，人民法院应予支持。”

（二）向自然人借款利息费用的增值税、个税问题

根据 36 号文的有关规定，自然人提供贷款服务的，应以提供贷款服务取得的全部利息及利息性质的收入为销售额，依法缴纳增值税。

根据《个人所得税法》第八条规定，个人所得税，以所得人为纳税义务人，以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人，同时规定利息税率为 20%。据此，企业在支付个人利息时有代扣代缴所得税之义务。

五、个人投资者借款未按期偿还视同股息分配的税务问题

在实践中，除了正常的借款之外，还存在另外一类特殊的借款行为。即，个人投资者从其投资的企业借款长期不还的问题。国家税务总局针对这一行为出台了一些具体的规定。主要包括《财政部 国家税务总局关于规范个人投资者个人所得税征收管理的通知》（财税［2003］158 号，下称“158 号文”）、《国家税务总

---

① 笔者注：该文第一条规定：“本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用本规定。”

局关于印发〈个人所得税管理办法〉的通知》（国税发［2005］120 号，下称“120 号文”）和《财政部 国家税务总局关于企业为个人购买房屋或其他财产征收个人所得税问题的批复》（财税［2008］83 号，下称“83 号文”）。

158 号文第二条“关于个人投资者从其投资的企业（个人独资企业、合伙企业除外）借款长期不还的处理问题”规定：“纳税年度内个人投资者从其投资的企业（个人独资企业、合伙企业除外）借款，在该纳税年度终了后既不归还，又未用于企业生产经营的，其未归还的借款可视为企业对个人投资者的红利分配，依照‘利息、股息、红利所得’项目计征个人所得税。”

120 号文第三十五条规定：“各级税务机关应强化对个体工商户、个人独资企业和合伙企业投资者以及独立从事劳务活动的个人的个人所得税征管。……（四）加强个人投资者从其投资企业借款的管理，对期限超过一年又未用于企业生产经营的借款，严格按照有关规定征税。”

83 号文规定，企业投资者个人、投资者家庭成员或企业其他人员向企业借款用于购买房屋及其他财产，将所有权登记为投资者、投资者家庭成员或企业其他人员，且借款年度终了后未归还借款的。对个人独资企业、合伙企业的个人投资者或其家庭成员取得的上述所得，视为企业对个人投资者的利润分配，按照“个体工商户的生产、经营所得”项目计征个人所得税；对除个人独资企业、合伙企业以外其他企业的个人投资者或其家庭成员取得的上述所得，视为企业对个人投资者的红利分配，按照“利息、股息、红利所得”项目计征个人所得税；对企业其他人员取得的上述所得，按照“工资、薪金所得”项目计征个人所得税。

对于上述规定的理解和适用，需要注意如下六个问题：

1. 158 号文等多文的立法目的和意图。应该讲，这些文件的目的在于防止一些企业将对个人股东的利润分配（分红）“伪装”为对股东的借款（长期不归还，又不用于企业生产经营），从而达到规避个人所得税的非法目的。从这个意义上讲，这实际涉及所得税领域中的“推定股息”（constructive dividends）的问题。

2. 掌握推定股息的概念、主要类型及其考量因素。简单地讲，所谓推定股息是指，在所得税法意义上，公司对其股东输送的任何可计量的经济利益可被视为推定股息，即使它并没有正式地被宣告或被指定为一个股息。在表现形式上，推定股息既不需要对所有股东按股权比例进行分配，也不需要满足股息分配的法定要求。之所以被称为“推定”的股息，原因在于它区别于按照法定要求进行的任何现金或其他财产的真实的公司分配。因此，在所得税法领域，推定股息一般存在如下表 6－1 所示的主要类型：

表6－1：推定股息的主要类型

类型	解释与说明	我国税法规定
股东使用公司所有的财产	当股东无偿为个人目的或利益而使用公司所有的财产时，可视为一个推定股息。譬如，个人无偿使用公司所有的汽车、飞机、游艇、房屋以及其他娱乐设施等。此时，视为股东收到等值于其个人使用期限内该等财产的公允租赁价格的股息。	——
廉价出售公司财产给股东	公司按照低于市场公允价值的价格向股东出售或处置公司财产。此时，视为股东收到财产在出售日的公允市场价值与出售价格之间差额部分的股息。譬如，公司廉价处置汽车、房屋给个人股东。	——
廉价租赁公司财产给股东	公司按照低于市场公允价值的价格向股东出租公司财产。此时，视为股东收到财产的租赁公允市场价值与实际租赁价格之间差额部分的股息。譬如，公司连接租赁汽车、房屋给个人股东。	——
为股东利益而支付	公司为股东偿还债务、免除债务或支付消费或代为购买汽车、住房等财产性支出，或超额支付租赁股东财产租金等。譬如，公司为股东支付消费性支出，或者为股东购买房屋并登记到个人股东名下。	158号文第一条、财税［2008］83号
不合理补偿	针对同属公司雇员的股东支付不合理的薪水通常被视为推定股息。一般需要考虑如下因素：（1）雇员的资格；（2）股息分配与薪水的对比；（3）相同或类似营业补偿的市价；（4）雇员工作的范围和性质；（5）营业的规模和复杂程度；（6）支付薪水总的和净所得的对比；（7）针对所有雇员的薪水政策；（8）在以前年度支付给争议雇员的补偿金额；（9）作为一个理性的股东是否会同意支付该等水准的补偿等。	——
借款给股东	公司借款给股东，如果不属于真实的借款的话，视为推定股息。对于是否属于一个真实的借款，需要根据具体的情形和事实来具体判定。主要考虑如下因素：（1）该借款是否通过一个书面的借款合同或协议或文书进行，或者通过公开的账户进行；（2）股东是否为该借款提供担保或其他保证；（3）借款期限的长短（是否超过12个月等）；（4）是否存在任何还款（但来源于股息分配的除外）；（5）股东还款的能力；（6）股东如何使用该借款（比如，是否用于个人消费，或是用于企业生产经营等）；（7）该借款是否有规律，是否属于偶发性或非常规性？（8）该借款是否存在利息，股东是否存在任何偿还利息的行为？（9）被投资企业股息分配的历史情况等。	158号文第二条、财税［2008］83号

需要特别注意的是，根据83号文的规定："……符合以下情形的房屋或其他财产，不论所有权人是否将财产无偿或有偿交付企业使用，其实质均为企业对个人进行了实物性质的分配，应依法计征个人所得税。（一）企业出资购买房屋及其他财产，将所有权登记为投资者个人、投资者家庭成员或企业其他人员的；（二）企业投资者个人、投资者家庭成员或企业其他人员向企业借款用于购买房屋及其他财产，将所有权登记为投资者、投资者家庭成员或企业其他人员，且借款年度终了后未归还借款的。"该规定意味着，不论是企业出资购买或是向企业借款购买房屋及其他财产所有权登记在投资者个人或其家庭成员或企业其他人员名下，实质上视为其取得了实物分配所得，不需要考虑158号文规定的是否用于企业生产经营的前提条件。

3. 时间性要求及"年度终了"如何理解？是指借款的自然年度或是指12个月期满？其实这个问题在国税发［2005］120号第三十五条第（四）项规定中已经得以明确。该项规定明确"对期限超过一年又未用于企业生产经营的借款"，这意味着年度终了后不归还的借款是指期限超过一年又未用于企业生产经营的借款。

4. 实践中，当个人股东归还借款的，是否视同推定股息分配处理？存在如下两种情形：一是，个人股东在稽查前已经还款的，是否视同推定股息征税？二是，个人股东在被视同股息分配征税之后，偿还借款时，如何进行税务处理？

对于第一种情形，实践中，又存在如下两种不同的处理方式：

方式一：由于借款超过12个月，且未用于企业生产经营，不因稽查前已还款的事实而否定视为推定股息。但可以将个人股东的还款视为股东对企业的资本投入，计入其股权的原值，以避免以后的重复征税。

方式二：尽管借款超过12个月，且未用于企业生产经营，但基于个人股东已经还款的事实，该借款属于真实的借款，并不构成"伪装"的分红，不视为推定股息处理。

笔者赞同第二种方式，因为个人股东在稽查前已经还款，并非因稽查行为本身而被迫还款，其还款具有主观上的真实性，不具有不还款的动机，认定为推定股息并不恰当。只有在稽查中，个人股东还款的，可以结合其他事实来考虑是否认定为推定股息。

对于第二种情形，在实践中亦存在争议。部分地方税务机关按照退税或者抵扣进行处理。譬如，《河北省地方税务局关于秦皇岛市局个人投资者借款征收个人所得税问题请示的批复》（冀地税函［2013］68号）对此明确："个人投资

者归还从其投资企业取得的一年以上借款，已经按照‘利息、股息、红利’征收的个人所得税，应予以退还或在以后应纳个人所得税中抵扣。”部分地方税务机关规定不作调整。但不作调整带来的新问题是，既然借款行为已经被视为股息分配，那么之后的还款行为如何进行定性？是视为捐赠或借款或资本投入？这都将引起更多的税务处理难题。笔者认为，从税收刚性来看，即使个人投资者后来已经偿还了借款但并不影响对个人所得税的征税，只不过在税务处理上应视为个人投资者对企业的资本投入，调增其股权原值。即是说，视为企业先对个人投资者进行股息分配，个人投资者缴纳个人所得税后，以后还款时则在税法上不应视为还款处理（尽管会计处理是还款处理）而视为个人投资者对企业的资本投资，以避免以后对该部分金额的重复征税。

5. 被投资企业是否存在税法上的可分配盈余系认定推定股息的前提。在实践中，还存在一个 158 号文并没有明确规定的问题。即，被投资企业在借款时，如果不存在税法上的可分配盈余或者可分配盈余不足（需要注意的是，笔者使用的是可分配盈余，并非会计账面的可分配利润）的，如何认定推定股息。譬如，假定税务机关查明企业在借款时，可分配盈余为负数，或者余额不足，此时，如何认定推定股息？笔者认为，既然税法上系按照“推定”的股息处理，则必须存在一个适用的前提就是税法上存在可分配盈余用于“推定”的股息分配，否则将带来一系列的问题。如果借款金额超过税法盈余的，仅就税法盈余部分视为推定股息。那么，对于超额部分借款如何处理呢？对这个问题又存在两种处理方式：

方式一：对于超额部分借款按照真实的借款处理。

方式二：对于超过部分借款可先视为股东对资本投入的回收并冲减其股权的原值，若还有余额的，则视为股权转让所得处理。

笔者倾向于赞同方式二。理由在于，不能人为地将一笔借款分割为一部分属于“伪装”的股息分配，一部分属于“真实”的借款来处理，应保持交易定性的一致性。

6. 视为推定股息时，如何确定扣缴义务人以及如何扣缴的问题。尽管 158 号文并没有明确规定被投资企业在推定股息下的扣缴义务，但根据《个人所得税法》第八条的规定：“个人所得税，以所得人为纳税义务人，以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人。”在认定为推定股息情形下，被投资企业为法定的扣缴义务人。根据《个人所得税法实施条例》第三十五条第一款规定：“扣缴义务人在向个人支付应税款项时，应当依照税法规定代扣税款，按时缴库，并专项

记载备查。”我们可以看出，该条规定显然只考虑了一般的股息分配的情形。在此情形下，股息支付人（扣缴义务人）对于应税所得（股息）享有控制权，因此法律对其课以在向个人支付应税股息时予以扣缴的义务。但在推定股息情形下，根据158号文的规定，借款只有在超过12个月的情形下才可能被重新定性为“推定股息”，此时，借款早已实际支付给个人股东，被投资企业借款时，并不能合理判断是否会被重新定性为“推定股息”（即使该借款超过12个月期间，而且实践中借款合同或协议约定的借款期限很可能短于12个月，但个人股东未归还借款时间超过12个月），其在实际支付借款时并不负有扣缴义务，这就导致被投资企业自行判定是否视为推定股息而在12个月期满之日履行扣缴义务，或者需要在被税务机关重新定性认定为推定股息之后，限期被投资企业履行扣缴义务。显然，实践中，被投资企业实际很难在事后进行扣缴，很可能导致事实上的“扣缴不能”。

六、统借统还业务的税务问题

实践中，企业集团在经营过程中，由于集团内的母公司和子公司各自都有向有关金融机构融资的需要，如果各自向金融机构申请贷款业务，并不利于管理且效率低下。此外，资信条件不好的子公司，可能也很难申请到银行贷款。为了解决前述问题，同时增强与银行谈判的砝码，出现了由总公司（母公司）统一向银行申请贷款，然后拨给下属公司使用，下属公司按照金融机构向总公司收取的借款利率水平向总公司支付利息，贷款由总公司统一归还，这就是统借统还（贷）业务。在税务处理上，统借统还业务主要涉及企业所得税和增值税。

（一）统借统还业务的所得税问题

在统借统还业务中，实际使用款项的单位需要向统借方支付资金使用费，即借款利息。根据《企业所得税法实施条例》的规定，企业在生产经营活动中发生的合理的不需要资本化的借款费用，准予扣除。那么对于实际使用款项的单位支付的该项利息，在性质上如何界定？是按照企业所得税法《实施条例》第三十八条第一款的规定作为向金融企业的借款利息支出，还是应该按照三十八条第二款的规定作为向关联方的非金融企业借款利息支出？该问题自2008年《企业所得税法》实施以来，中央层面的税收政策尚未做出明确规定。

新《企业所得税法》实施之前的《关于中国农业生产资料集团公司所属企业借款利息税前扣除问题的通知》（国税函［2002］837号）规定，中国农业生产资料集团公司为进一步完善现代企业制度，加快公司集团化经营战略的步伐，

不断提高集团公司信贷资金管理水平，准备逐步实施“集团公司统一贷款，所属企业申请使用”的资金管理模式，以改变原实行的“集团担保，各自贷款”模式带来的种种弊端，即中农集团公司统一向金融机构借款，所属企业按一定的程序申请使用，并按同期银行贷款利率将利息支付给集团公司，由集团公司统一与金融机构结算。集团公司统一向金融机构借款，所属企业申请使用，只是资金管理方式的变化，不影响所属企业使用的银行信贷资金的性质，不属于关联企业之间的借款，因此，对集团公司所属企业从集团公司取得使用的金融机构借款支付的利息，不受《企业所得税税前扣除的办法》第三十六条“纳税人从关联方取得的借款金额超过其注册资本 50% 的，超过部分的利息支出，不得在税前扣除”的限制，凡集团公司能够出具从金融机构取得贷款的证明文件，其所属企业使用集团公司转贷的金融机构借款支付的利息，不高于金融机构同类同期贷款利率的部分，允许在税前全额扣除。

从国税函［2002］837 号文的规定可以看出，在老税法下，对于统借统还业务的税收定性是“只是资金管理方式的变化，不影响所属企业使用的银行信贷资金的性质，不属于关联企业之间的借款”，统借统还只是资金管理方式的变化，其本质还是银行信贷，进而不涉及关联方借款的资本弱化的相关规定。尽管国税函［2002］837 号文属于个字批复不具有普适效力，是国家税务总局的答疑做出了不同的认定，[①] 但笔者认同国税函［2002］837 号文对统借统还业务性质的界定。

在现行企业所得税法律法规中，仅对房地产开发企业统借统还业务做出了规定，准予实际用款方支付给统借方的利息支出税前列支。《国家税务总局关于印发〈房地产开发经营业务企业所得税处理办法〉的通知》（国税发［2009］31 号）第二十一条规定：“企业的利息支出按以下规定进行处理：（一）企业为建造开发产品借入资金而发生的符合税收规定的借款费用，可按企业会计准则的规定进行归集和分配，其中属于财务费用性质的借款费用，可直接在税前扣除；（二）企业集团或其成员企业统一向金融机构借款分摊集团内部其他成

---

① 笔者注：根据 2011 年 4 月 12 日国家税务总局有关国税函［2002］837 号文件执行效率问题的回复意见，根据《国家税务总局关于中国农业生产资料集团公司所属企业借款利息税前扣除问题的通知》（国税函［2002］837 号）是对中国农业生产资料集团公司个案规定，该文件未抄送全国，不具有普遍适用性。根据《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整实施办法［试行］〉的通知》（国税发［2009］2 号）第八十五条、八十七条规定，关联债权投资包括关联方以各种形式提供担保的债权性投资，包括直接或间接关联债权投资实际支付的利息、担保费、抵押费和其他具有利息性质的费用。因此，企业集团从银行贷款后，转借给所属企业，应该认定为关联方借款。

员企业使用的，借入方凡能出具从金融机构取得借款的证明文件，可以在使用借款的企业间合理地分摊利息费用，使用借款的企业分摊的合理利息准予在税前扣除。”国税发［2009］31 号规定允许税前扣除，也更能接近企业业务的真实性。

（二）统借统还业务的增值税问题

在营改增之前，根据《财政部 国家税务总局关于非金融机构统借统还业务征收营业税问题的通知》（财税字［2000］7 号）的规定，对企业主管部门或企业集团中的核心企业等单位（以下简称统借方）向金融机构借款后，将所借资金分拨给下属单位（包括独立核算单位和非独立核算单位），并按支付给金融机构的借款利率水平向下属单位收取用于归还金融机构的利息不征收营业税。统借方将资金分拨给下属单位，不得按高于支付给金融机构的借款利率水平向下属单位收取利息，否则，将视为具有从事贷款业务的性质，应对其向下属单位收取的利息全额征收营业税。因此，国家层面对统借统还业务营业税政策是明确的。其适用的前提条件有两个：一是，必须是企业集团或集团内的核心企业向金融机构借款；二是，统借方将资金分拨给下属单位，不得按高于支付给金融机构的借款利率水平向下属单位收取利息。

在营改增之后，根据 36 号文附件 2《营改增试点过渡政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（十九）项“以下利息收入”第 7 点的规定：

“统借统还业务中，企业集团或企业集团中的核心企业以及集团所属财务公司按不高于支付给金融机构的借款利率水平或者支付的债券票面利率水平，向企业集团或者集团内下属单位收取的利息。

统借方向资金使用单位收取的利息，高于支付给金融机构借款利率水平或者支付的债券票面利率水平的，应全额缴纳增值税。

统借统还业务，是指：

（1）企业集团或者企业集团中的核心企业向金融机构借款或对外发行债券取得资金后，将所借资金分拨给下属单位（包括独立核算单位和非独立核算单位，下同），并向下属单位收取用于归还金融机构或债券购买方本息的业务。

（2）企业集团向金融机构借款或对外发行债券取得资金后，由集团所属财务公司与企业集团或者集团内下属单位签订统借统还贷款合同并分拨资金，并向企业集团或者集团内下属单位收取本息，再转付企业集团，由企业集团统一归还金融机构或债券购买方的业务。”

从上述规定可以看出，企业集团“统借统还”业务的增值税免税政策延续了原营业税下的免税政策，并无实质变化，只不过统借方向资金使用单位收取的利息，高于支付给金融机构借款利率水平或者支付的债券票面利率水平的，由全额缴纳营业税改为全额缴纳增值税而已。

专题7：债券、可转换（可交换）债券的税务问题

内容概览

在上一专题中，笔者讨论了公司借款、关联借款、自然人借款以及“统借统还”业务等相关债务融资的税务问题。在本专题，笔者将接着讨论公司债务融资的另外一类途径——发行公司债券、可转换（可交换）债券进行融资的税务问题。本专题包含如下内容：

■ 债券、可转换（可交换）债券的概念及特点

■ 债券的税务问题

■ 公司可转换债券的财税问题

■ 公司可交换债券的财税问题

一、债券、可转换（可交换）债券的概念及特点

（一）债券的概念、主要特点及种类

概括地讲，债券是债券发行人按照法定程序发行的约定在一定期限还本付息的有价证券。债券具有如下主要特点：一是，债券具有规定的偿还期限，债券发行人（债务人）必须按期向债券持有人（债权人）还本付息；二是，债券持有人可根据其需要和市场情况转让债券，以提前收回本金及一定的投资收益；三是，相对于股票等资本性投资而言，债券持有人的收益相对稳定，不随发行人经营情况的变动而变动，而且当发行人发生破产清算等情况时，债券持有人的债权的受偿顺序在股票持有人的受偿顺序之前；四是，债券投资具有投资收益的性质。主要表现为债券利息收入以及债权人到期收回本金与中途卖出债券所获取的价差等资本损益。

从我国实践来看，根据发行主体以及适用法规、监管机构的不同，债券可以分为企业债券、公司债券、债务融资工具以及政府公债。详见下表：

表 7－1：债券的分类

种类	涵义	监管机构
企业债券	指企业（国有企业或有限责任公司或非上市的股份有限公司）依照法定程序公开发行，并约定在一定期限内还本付息的有价证券。	国家发改委
公司债券	公司作为发行主体，按照法定程序发行，并约定在一定期限还本付息的有价证券。	中国证监会
债务融资工具	特指短期融资券和中期票据。	银行间交易商协会
政府公债	国债、政府机构债券以及地方政权债券	财政部门

（二）可转换公司债券的概念、性质及主要特点

《上市公司证券发行管理办法》（证监会第 30 号令，下称“《发行管理办法》”）第十四条对可转换公司债的定义进行了明确的规定。即，可转换公司债是指，发行公司依法发行、在一定期间内依据约定的条件可以转换成股份的公司债券。债券持有人对转换股票或不转换股票有选择权。从性质看，可转换债实际上是债券和转股看涨期权的混合体。因此，它具有两个基本属性，即债权性和期权性。其主要特点如下：

一是债权性。与其他债券一样，可转换债券也有规定的利率和期限，投资者可以选择持有债券到期，收取本息；

二是股权性（期权性）。可转换债券在转换成股票之前是纯粹的债券，但在转换成股票之后，原债券持有人就由债权人变成了公司的股东，可参与企业的经营决策和红利分配，也在一定程度上影响公司的股本结构；

三是可转换性和双重选择权。可转换性是可转换债券的重要标志，债券持有人可以按约定的条件将债券转换成股票。转股权是投资者享有的、一般债券所没有的选择权。可转换债券在发行时就明确约定，债券持有人可按照发行时约定的条件将债券转换成公司的股票。如果债券持有人不想转换，则可以继续持有债券，直到偿还期满时收取本金和利息，或者在流通市场出售变现。如果持有人看好发债公司股票增值潜力，在宽限期之后可以行使转换权，按照预定转换价格将债券转换成为股票，发债公司不得拒绝。正因为具有可转换性，可转换债券利率一般低于普通公司债券利率，公司发行可转换债券可以降低筹资成本。《发行管理办法》第二十一条规定：“可转换公司债券自发行结束之日起六个月后方可转换为公司股票，转股期限由公司根据可转换公司债券的存续期

限及公司财务状况确定。债券持有人对转换股票或者不转换股票有选择权，并于转股的次日成为发行公司的股东。”

四是回售和回赎特性。依条款约定，可转换债券持有人还享有在一定条件下将债券回售给发行人的权利，发行人在一定条件下拥有强制赎回债券的权利。《发行管理办法》第二十三条规定：“募集说明书可以约定赎回条款，规定上市公司可按事先约定的条件和价格赎回尚未转股的可转换公司债券。”第二十四条规定：“募集说明书可以约定回售条款，规定债券持有人可按事先约定的条件和价格将所持债券回售给上市公司。募集说明书应当约定，上市公司改变公告的募集资金用途的，赋予债券持有人一次回售的权利。”

（三）分离交易的可转换公司债券的概念、性质及主要特点

根据《发行管理办法》第二十七条规定，上市公司可以公开发行认股权和债券分离交易的可转换公司债券（简称“分离交易的可转换公司债券”）。从概念上说，分离交易的可转换公司债券属于附认股权证公司债的范围。附认股权证公司债指公司债券附有认股权证，持有人依法享有在一定期间内按约定价格（执行价格）认购公司股票的权利，也就是债券加上认股权证的产品组合。

分离交易的可转换公司债券由两大部分组成，一是可转换债券，二是认股权证。可转换债券是上市公司发行的一种特殊的债券，债券在发行的时候规定了到期转换的价格，债权人可以根据市场行情把债券转换成股票，也可以把债券持有到期归还本金并获得利息。认股权证是指在未来规定的期限内，按照规定的协议价买卖股票的选择权证明，根据买或卖的不同权利，可分为认购权证和认沽权证。因此，对于分离交易的可转换公司债券可以简单地理解成“买债券送权证”的创新品种。

（四）可交换公司债券的概念、性质及主要特点

根据《上市公司股东发行可交换公司债券试行规定》（证监会公告［2008］41 号）[1] 第一条规定，“可交换公司债券是指上市公司的股东依法发行、在一定期限内依据约定的条件可以交换成该股东所持有的上市公司股份的公司债券。”因此，可交换公司债券本质上仍然属于可转换公司债券的范畴，其也具有可转换公司债券的基本特征，但它也与可转换公司债券具有明显的区别。

---

① 笔者注：证监会公告［2008］41 号的制定依据是已被废止的《公司债券发行试点办法》（证监会令第 49 号），现在应该根据《公司债券发行与交易管理办法》（证监会令第 113 号）进行修订，但依然具有适用性。

可交换公司债券与可转换公司债券有着类似的要素，包括票面利率、期限、换股价格和换股期等。二者投资价值均与上市公司业绩相关，且在约定期限内可以约定的价格转换为标的股票。然而，可交换公司债券尽管与可转换公司债券只有一字之差，但它们在很多方面具有不同的特点。主要包括：

第一，发债主体和偿债主体不同。可交换公司债券的发行主体是上市公司的股东（通常是大股东），而可转换公司债券则是上市公司本身；

第二，适用法规不同。发行可交换公司债券的适用法规是《公司债券发行与交易管理办法》（证监会令第 113 号）和《上市公司股东发行可交换公司债券试行规定》（证监会公告［2008］41 号），发行可转换公司债券的适用法规是《发行管理办法》，前者侧重于债券融资，后者更接近于股权融资（增发）；

第三，发行目的不同。可交换公司债券的发行目的不一定用于投资项目，还包括投资退出、市值管理、资产流动性管理等。可转换公司债券和其他债券的发债目的一般是将募集资金用于投资项目；

第四，所换股份的来源不同。可交换公司债券是发行人持有的上市公司的股份（存量股份），可转换公司债券则是发行人未来发行的新股（增发股份）；

第五，股权稀释效应不同。可交换公司债券转股不会导致目标公司的总股本发生变化，也不会摊薄每股收益。而可转换公司债券会使发行人的总股本扩大，摊薄每股收益；

第六，交割方式不同。可交换公司债券在国外实践中有股票、现金及其混合三种交割方式，无减持意愿的发行人可选择现金交割。现金交割对股价的冲击较小。但当股价大幅上涨时，发行人也面临一定的风险。《上市公司股东发行可交换债券试行规定》中并未提到交割方式，但笔者认为应当给发行人更多的选择权。可转换公司债券一般采用股票交割；

第七，条款设置不同。在条款的设置上，可交换公司债券和可转换公司债券最大的不同就在于转股价向下修正条款。前者一般不设置转股价向下修正条款，后者一般附有转股价向下修正条款。在可转换公司债券约定转股价向下修正条款时，当正股股价大幅下调时，为避免触发回售条款，上市公司一般会修正转股价。而对于可交换公司债券而言，如果在正股股价大幅下调时向下修正换股价，则意味着发行人要追加股份。如果后市继续下跌，发行人还得继续修正并追加股份。这将使发行人陷于极为不利的境地，结果是“逢低抛售”，与发行人的初衷背道而驰。显然，可交换公司债券触发回售条款时，发行人最明智的做法就是让持有人回售而不是向下修正转股价。

二、债券的税务问题

（一）债券的所得税问题

1. 国债的所得税规定

（1）国债利息收入免税的规定

《企业所得税法》第二十六条规定：“企业的下列收入为免税收入：（一）国债利息收入……”《企业所得税法实施条例》第八十二条规定：“企业所得税法第二十六条第（一）项所称国债利息收入，是指企业持有国务院财政部门发行的国债取得的利息收入。”从前述规定可以看出，税法规定的免税国债利息收入，是指企业持有国务院财政部门发行的国债取得的利息收入，不包括持有外国政府国债取得的利息收入，也不包括持有企业发行的债券取得的利息收入，而仅限于持有中国中央政府发行的国债。换言之，对由外国政府发行的国债利息收入应计征企业所得税。同时，《个人所得税法》第四条规定：“下列各项个人所得，免纳个人所得税：二、国债和国家发行的金融债券利息”。

根据《国家税务总局关于企业国债投资业务企业所得税处理问题的公告》（国家税务总局公告2011年第36号，下称“36号公告”）第一条“关于国债利息收入税务处理问题”第（一）项“国债利息收入时间确认”的规定：“1. 根据企业所得税法实施条例第十八条的规定，企业投资国债从国务院财政部门（以下简称发行者）取得的国债利息收入，应以国债发行时约定应付利息的日期，确认利息收入的实现。2. 企业转让国债，应在国债转让收入确认时确认利息收入的实现。”从前述规定可以看出，企业所得税所确认的国债利息收入的时点采用的是按照国债发行合约约定的应付利息的日期确定，与会计的权责发生制存在核算口径差异。

根据36号公告第一条第（三）项“国债利息收入免税问题”规定：“根据企业所得税法第二十六条的规定，企业取得的国债利息收入，免征企业所得税。具体按以下规定执行：1. 企业从发行者直接投资购买的国债持有至到期，其从发行者取得的国债利息收入，全额免征企业所得税。2. 企业到期前转让国债、或者从非发行者投资购买的国债，其按本公告第一条第（二）项计算的国债利息收入，免征企业所得税。”而第一条第（二）项“国债利息收入计算”规定：“企业到期前转让国债、或者从非发行者投资购买的国债，其持有期间尚未兑付的国债利息收入，按以下公式计算确定：国债利息收入＝国债金额×（适用年利率÷365）×持有天数”。36号公告第一条第（三）项规定意味着，企业对从发

行者取得的国债利息收入，全额免征企业所得税。同时，如果从发行人手中或者二级市场取得的国债，其持有期间尚未兑付的国债利息收入免征企业所得税。

（2）国债转让收益（损失）征税的规定

根据《企业所得税法实施条例》第十六条的规定："企业所得税法第六条第（三）项所称转让财产收入，是指企业转让固定资产、生物资产、无形资产、股权、债权等财产取得的收入。"同时，根据36号公告第二条"关于国债转让收入税务处理问题"第（三）项"国债转让收益（损失）征税问题"的规定："根据企业所得税法实施条例第十六条规定，企业转让国债，应作为转让财产，其取得的收益（损失）应作为企业应纳税所得额计算纳税。"因此，尽管税法规定国债利息收入为免税收入，但并不意味着与国债有关的收入都可以免税，对于国债持有者在二级市场转让国债取得的收入，应作为转让财产收入计算缴纳企业所得税。

同时，36号公告第二条第（一）项"国债转让收入时间确认"规定："1. 企业转让国债应在转让国债合同、协议生效的日期，或者国债移交时确认转让收入的实现。2. 企业投资购买国债，到期兑付的，应在国债发行时约定的应付利息的日期，确认国债转让收入的实现。"36号公告第二条第（二）项"国债转让收益（损失）计算"规定："企业转让或到期兑付国债取得的价款，减除其购买国债成本，并扣除其持有期间按照本公告第一条计算的国债利息收入以及交易过程中相关税费后的余额，为企业转让国债收益（损失）。"对于"国债成本"的确定，36号公告第三条"关于国债成本确定问题"规定："（一）通过支付现金方式取得的国债，以买入价和支付的相关税费为成本；（二）通过支付现金以外的方式取得的国债，以该资产的公允价值和支付的相关税费为成本；"36号公告第四条"关于国债成本计算方法问题"规定："企业在不同时间购买同一品种国债的，其转让时的成本计算方法，可在先进先出法、加权平均法、个别计价法中选用一种。计价方法一经选用，不得随意改变。"

2. 地方政府债券所得税规定

为增强地方安排配套资金和扩大政府投资的能力，国家允许发行地方政府债券，且实行财政部代理发行和还本付息的办法。在这种"代办"模式下，地方债信用等级接近于国债。根据《财政部、国家税务总局关于地方政府债券利息所得免征所得税问题的通知》（财税［2011］76号）以及《财政部、国家税务总局关于地方政府债券利息免征所得税问题的通知》（财税［2013］5号）的规定，对税法规定的债券利息免税收入扩围，将企业和个人取得的2009年、

2010 年、2011 年、2012 年及以后年度发行的地方政府债券利息收入，列入免征企业所得税和个人所得税范围。

类似地，根据《企业所得税法实施条例》第十六条以及《个人所得税法》第二条的规定，企业或个人转让地方政府债券的所得应依法缴纳所得税。

【例 7－1】 债券业务所得税处理

假定，甲公司 2014 年发生有关债券投资业务如下：

（1）2014 年 4 月 1 日，取得到期国库券利息收入 10 万元；

（2）2013 年 5 月 12 日，以 100.5 万元在沪市购买记账式国债（单位面值为 100 元，共计面值 100 万元），该国债起息日为 2013 年 4 月 21 日，每年 4 月 21 日兑付利息，票面利率为 3%。2014 年 3 月 8 日，该公司将购买的国债转让，取得转让价款 105.5 万元；

（3）2013 年 4 月 1 日，在某商业银行债券市场认购了某地方政府发行的 2013 年债券，票面金额合计 80 万元，票面注明年利率为 1.5%，付息日期为每年 4 月 1 日。在 2014 年 4 月 1 日，该公司收到地方政府债券利息收入 1.2 万元，并于同年 7 月 1 日将该债券转让，转让价款合计 83.5 万元；

（4）取得其他公司债券利息收入 15 万元。

甲公司 2014 年度会计利润 300 万元，企业所得税税率 25%。若无其他纳税调整事项，计算其企业所得税及税后净利润。

【解析】 1. 根据企业所得税法及其实施条例的规定，企业取得国库券利息收入免税。因此，上述业务（1）中取得的国库券利息收入 10 万元免税；

2. 根据 36 号公告的规定，国债持有者在二级市场转让国债取得的收入，应征收企业所得税。在兑付期前转让国债的，应在国债转让收入确认时确认利息收入的实现，但对于未兑付的利息收入免征所得税。因此，上述业务（2）中的国债持有天数为 300 天（从 2013 年 5 月 12 日到 2014 年 3 月 7 日），国债利息 2.46 万元［100×（3%÷365）×300］，国债转让所得 2.54 万元（105.5－2.46－100.5）。故，前述于 2014 年 3 月 7 日实现的利息 2.46 万元应免征所得税，但转让所得 2.54 万元应申报纳税；

3. 根据财税［2013］5 号文的规定，对企业取得的 2012 年及以后年度发行的地方政府债券利息收入，免征企业所得税。同时，根据企业所得税法及其实施条例的规定，企业转让债券应征收企业所得税。因此，上述业务（3）中取得的地方债券利息收入 1.2 万元免征企业所得税，转让地方政府债券投资所得 3.5 万元（103.5－100）应申报纳税；

4. 根据《企业所得税法》及其实施条例的规定，企业取得其他债券利息收入应征收企业所得税。因此，上述业务（4）中取得的其他公司债券利息收入15 万元应申报纳税。

综上所述，有关计算如下：

应纳税所得额 = 300 − 10 − 2. 46 − 1. 2 = 286. 34（万元）

应纳企业所得税 = 286. 34 × 25% = 71. 59（万元）

税后净利润 = 300 − 71. 59 = 228. 41（万元）。

（二）债券的增值税问题

在营改增之前，根据《财政部 国家税务总局关于营业税若干政策问题的通知》（财税［2003］16 号）、2009 年新《营业税暂行条例》及其实施细则、国家税务总局在 2014 年 8 月 28 日颁布了《国家税务总局关于债券买卖业务营业税问题的公告》（国家税务总局公告 2014 年第 50 号，下称“50 号公告”）的有关规定，纳税人从事金融商品（外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品）买卖业务，以卖出价减去买入价后的余额为营业额，买入价以金融商品的购入价减去其持有期间取得的股息、红利收益后的余额确定。同时，根据《财政部、国家税务总局关于个人金融商品买卖等营业税若干免税政策的通知》（财税［2009］111 号）的规定，对个人（包括个体工商户及其他个人，下同）从事外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品买卖业务取得的收入暂免征收营业税。

在营改增后，根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》附录“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”的规定，金融服务，是指经营金融保险的业务活动。包括贷款服务、直接收费金融服务、保险服务和金融商品转让。贷款，是指将资金贷与他人使用而取得利息收入的业务活动。包括金融商品持有期间（含到期）利息（保本收益、报酬、资金占用费、补偿金等）收入。而金融商品转让，是指转让外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品所有权的业务活动。其他金融商品转让包括基金、信托、理财产品等各类资产管理产品和各种金融衍生品的转让。同时，36 号文附件 2《营改增试点事项规定》第一条第（三）项“销售额”第 1 点规定：“贷款服务，以提供贷款服务取得的全部利息及利息性质的收入为销售额。”第 3 点规定：“金融商品转让，按照卖出价扣除买入价后的余额为销售额。转让金融商品出现的正负差，按盈亏相抵后的余额为销售额。若相抵后出现负差，可结转下一纳税期与下期转让金融商品销售额相抵，但年末时仍出现负差的，不得转入下一个会计年度。金融商品的买入价，可以选择按照加权平均法或者移动加

权平均法进行核算，选择后36个月内不得变更。金融商品转让，不得开具增值税专用发票。”36号文附件1《营改增试点实施办法》第四十五条规定：“增值税纳税义务、扣缴义务发生时间为：……（三）纳税人从事金融商品转让的，为金融商品所有权转移的当天……”。从前述规定可以看出如下政策几个要点：

1. 在金融商品定义方面，36号文基本沿用了原营业税对金融商品的定义，不同的是，对其他金融商品明确包括基金、信托、理财产品等各类资产管理产品和各种金融衍生品。

2. 在应税销售额方面，36号文延续了原营业税政策的规定，明确规定，金融商品持有期间，以取得的全部利息及利息性质的收入为销售额；金融商品转让按照卖出价扣除买入价后的余额为应税销售额，出现的正负差按照盈亏相抵余额为应税销售额。盈亏相抵后余额为负的，可结转下期继续抵减。但年末时仍出现负差的，不得转入下一个会计年度。

3. 金融商品的买入价，可以选择按照加权平均法或者移动加权平均法进行核算，选择后36个月内不得变更。

4. 金融商品转让的纳税义务发生时间为金融商品所有权转移的当天。

5. 金融商品转让，不得开具增值税专用发票。该规定意味着，尽管36号文个对金融商品转让征收6%的增值税，事实上卖方就其转让收益缴纳增值税后，买方并不能就相应的进项税额予以抵扣。

同时，根据《营改增试点过渡期政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（二十二）项“下列金融商品转让收入”的规定，下列五类金融商品交易免征增值税：

1. 合格境外投资者（QFII）委托境内公司在我国从事证券买卖业务。

2. 香港市场投资者（包括单位和个人）通过沪港通买卖上海证券交易所上市A股。

3. 对香港市场投资者（包括单位和个人）通过基金互认买卖内地基金份额。

4. 证券投资基金（封闭式证券投资基金，开放式证券投资基金）管理人运用基金买卖股票、债券。

5. 个人从事金融商品转让业务。

因此，与原营业税政策类似，个人从事金融商品转让业务免征增值税，并且还规定合格境外投资者（QFII）委托境内公司在我国从事债券买卖业务，证券投资基金（封闭式证券投资基金，开放式证券投资基金）管理人运用基金买

卖债券等，予以免征增值税。

笔者注意到，尽管36号文对金融商品（债券）的增值税税务处理事项进行了明确，但尚存一些问题需要进一步澄清。譬如，如何具体区分金融商品转让与一般认为不属于增值税应税范围的股权投资转让业务；不同类型的金融商品买入价如何确定以及是否需要扣除持有期间取得的股息、红利收益；如何确定金融商品转让的含税或不含税销售额等。

以是否需要扣除债券持有期间取得的股息、红利收益为例，笔者认为，基于36号文基本延续了原营业税的政策，故可以予以扣除，有关的具体规定可以参照前述的50号公告的规定执行。尽管如此，50号公告并没有明确债券的买入价是结算价还是净价。在实务中，目前的债券交易多数是净价交易，但也有全价交易（譬如，可转换债券）。采用净价交易时，卖出债券的一方应获得的持有期间的利息，是单独计算的，价格中不含利息，但是结算价格包括净价和利息。因此，50号公告应明确购入价是结算价或是净价。如果购入价指净价，持有期间取得的购入之前应计的利息，是否还要自购入价中扣除？笔者认为，如果是净价交易，价格中不含利息，不应再扣除购入前应计的利息。

三、公司可转换债券的财税问题

（一）公司可转换债券的会计核算问题

根据《企业会计准则第22号——金融工具确认和计量》有关嵌入衍生工具的会计处理，可转换公司债券的会计处理如下：

1. 公司发行可转换公司债券并进行初始确认时，应将其包含的负债和权益成分进行分拆。负债成分确认为“应付债券——可转换公司债券”，权益成分确认为“资本公积——其他资本公积”。在分拆时，应该对负债成分的未来现金流量进行折现确定为负债成分的初始确认金额，再按发行价格总额扣除负债成分初始确认金额后的价值为权益成分初始确认金额。可转换债券面值与其负债公允价值之间的差额部分记入“应付债券——可转换公司债券（利息调整）”。可转换公司债券的发行费用应该在负债成分和权益成分之间按照各自相对公允价值进行分摊。负债成分负担的发行费用记入“应付债券——可转换公司债券（利息调整）”，权益成分负担的发行费用记入“资本公积——其他资本公积”。

2. 在行使转股权之前，可转换公司债券负债成分应按照一般公司债券进行相同的会计处理，即根据债券摊余成本乘上实际利率确定利息费用计入“财务费用”或相关资产账户，根据债券面值乘上票面利率确定实际应支付的利息计

入“应付债券——可转换公司债券（应计利息）”或者“应付利息”账户，二者之间的差额作为利息调整进行摊销，计入“应付债券——可转换公司债券（利息调整）”账户。

3. 投资人到期行使债券的转换权，债权发行方应按合同约定的条件计算转换的股份数，确定股本的金额，计入“股本”账户，同时结转债券账面价值，二者之间的差额计入“资本公积——股本溢价”账户；此外，还应把可转换公司债券初始核算分拆确认的“资本公积——其他资本公积”金额一并转入“资本公积——股本溢价”账户。

4. 如果企业发行附有赎回选择权的可转换公司债券，其在赎回日可能支付的利息补偿金（即债券约定赎回期届满日应当支付的利息减去应付债券票面利息的差额），应当在债券发行日至债券约定赎回届满日期间计提应付利息，计提的应付利息，分别计入相关资产成本或财务费用。根据这一规定，对于附有回售或回购条件的可转换公司债券，应做如下的账务处理：（1）在债券发行日至债券约定赎回或回售日期间按包含利息补偿金的利率进行利息的计提，计提的利息记入“财务费用”或“在建工程”。（2）在发行企业回购或可转换债券持有人回售时，发行企业再作如下会计处理：一是计提尚未计提的利息，并将未摊销的利息调整一次性摊销完毕。二是按约定价格赎回时，结转“应付债券”的账面价值，并按支付的款项贷记“银行存款”科目。

【例 7－2】公司可转换债券的会计处理

1. 甲公司于 2014 年 1 月 1 日，发行面值为 40000 万元的可转换公司债券，发行价格为 41000 万元。该债券期限为 4 年，票面年利率为 4%，利息按年支付；债券持有者可在债券发行 1 年后转换股份，转换条件为每 100 元面值的债券转换 40 股该公司普通股。该公司发行该债券时，二级市场上与之类似但没有转股权的债券的市场利率为 6%。债券已发行完毕，发行费用为 15 万元，扣除发行费用后的款项均已收入银行。

2. 2015 年 6 月 30 日，债券持有者将面值为 40000 万元的可转换公司债券申请转换股份，并于当日办妥相关手续。假定转换部分债券未支付的应付利息不再支付。

3. 假定，甲公司发行附有赎回选择权的可转换公司债券，合同中补充约定其在赎回日需支付的利息补偿金为 3%。2015 年 6 月 30 日，债券持有者将面值为 40000 万元的可转换公司债券申请转换股份，并于当日办妥相关手续。假定转换部分债券未支付的应付利息不再支付。

【解析】1. 发行可转换债券时的会计处理如下：

负债成分应确认的金额 = 40000 × 4% × P/A（i = 6%，n = 4）+ 40000 × P/F（i = 6%，n = 4）= 37228.16（万元）

权益成分应确认的金额 = 41000 − 37228.16 = 3771.84（万元）

负债应分配的发行费用 = 15/（37228.16 + 3771.84）× 37228.16 = 13.62（万元）

权益应分配的发行费用 = 15 − 13.62 = 1.38（万元）

借：银行存款 40985（41000 − 15）

　　应付债券——可转换公司债券（利息调整）2785.46（40000 − 37228.16 + 13.62）

贷：应付债券——可转换公司债券（面值）40000

　　资本公积——其他资本公积　　3770.46（3771.84 − 1.38）

2. 2014 年 12 月 31 日，采用实际利率法计提利息和摊销债券折溢价并支付利息的会计处理如下：

应付利息 = 40000 × 4% = 1600（万元）

财务费用 =（40000 − 2785.46）× 6% = 2232.87（万元）

利息调整 = 2232.87 − 1600 = 632.87（万元）

借：财务费用　　2232.87

贷：应付利息　　1600

　　应付债券——可转换公司债券（利息调整）632.87

借：应付利息　　1600

贷：银行存款　　1600

3. 2015 年 6 月 30 日，债券持有人行使转换权时：

（1）计提 2015 年 1 月 1 日至 2015 年 6 月 30 日的利息

应付利息 = 40000 × 4% × 6/12 = 800（万元）

财务费用 =（40000 − 2785.46 + 632.87）× 6% × 6/12 = 1135.42（万元）

利息调整 = 1135.42 − 800 = 335.42（万元）

借：财务费用　　1135.42

贷：应付利息　　800

　　应付债券——可转换公司债券（利息调整）335.42

（2）转股分录

借：应付债券——可转换公司债券（面值）40000

应付利息　　　　　　　　　　　　　　800

贷：应付债券——可转换公司债券（利息调整）1817.17（2785.46－632.87－335.42）

股本　　　　　　　　　　　　　　16000（40000/100×40）

资本公积——股本溢价　　　　　　　22982.83

借：资本公积——其他资本公积　　　3770.46

贷：资本公积——股本溢价　　　　　3770.46

4. 甲公司发行附有赎回选择权的可转换公司债券时：

（1）2014年12月31日，应按包括利息补偿金的利率计提一年的债券利息

借：财务费用　　　2332.87

贷：应付利息　　　1600

应付债券——可转换公司债券（利息调整）　632.87

——可转换公司债券（利息补偿金）　100

（2）2015年6月30日转换股份时的账务处理

①计提2015年1月1日至2015年6月30日利息

借：财务费用　　　　1185.42

贷：应付利息　　　　　　800

应付债券——可转换公司债券（利息调整）　　335.42

——可转换公司债券（利息补偿金）　　50

②转股分录

借：应付债券——可转换公司债券（面值）40000

应付利息　　　　　　　　　　　　　800

贷：应付债券——可转换公司债券（利息调整）　1817.17

——可转换公司债券（利息补偿金）　　50

股本　　　　　　　　　　　　　　　16000

资本公积——股本溢价　　　　　　　22932.83

借：资本公积——其他资本公积　　　3770.46

贷：资本公积——股本溢价　　　　　　3770.46

（二）公司可转换债券的所得税问题

从《企业所得税法》、《个人所得税法》及其实施条例来看，并没有对可转换债券纳税的具体规定。但笔者认为，可以依据其基本规定对公司可转换债券的各当事人以及各阶段涉及的所得税问题进行处理。

1. 发行人记入财务费用的利息费用的扣除问题

《企业所得税法实施条例》第三十八条规定："企业在生产经营活动中发生的下列利息支出，准予扣除：……（二）非金融企业向非金融企业借款的利息支出，不超过按照金融企业同期同类贷款利率计算的数额的部分。"尽管有前述的原则规定，但对发行人发行可转换债券发生的利息支出如何计算确认则并没有明确规定。在实践中，主要存在如下两个问题：

问题一：发行人发行可转换公司债券，在会计处理上，按照实际利率法确认了相关的利息费用（所选用的实际利率可能超过同期同类银行贷款利率）计入"财务费用"科目，该金额与按票面利率计算的"应付利息"之间存在差额。那么，发行人依照会计准则按实际利率法确认的利息费用是否需要进行纳税调整呢？如果需要调整，是否当年企业所得税前只能列支按债券票面利率计算的利息？

问题二：相关发行费用是否可以在当期全额税前扣除？

笔者认为，尽管这些问题没有明确规定，但根据《关于发布〈中华人民共和国企业所得税年度纳税申报表（A类，2014年版）〉的公告》（国家税务总局公告2014年第63号）附件《中华人民共和国企业所得税年度纳税申报表》填报说明A100000《中华人民共和国企业所得税年度纳税申报表（A类）》填报说明规定，企业在计算应纳税所得额及应纳所得税时，企业财务、会计处理办法与税法规定不一致的，应当按照税法规定计算。税法规定不明确的，在没有明确规定之前，暂按企业财务、会计规定计算。因此，发行可转换债券发生的利息支出，该利息支出计算按照企业财务、会计规定计算，并且只有用于计算的实际利息不超过同期同类银行贷款利率的部分可以税前扣除。同时，根据会计处理，对于相关发行费用而言，只有分摊到负债部分记入"应付债券——可转换公司债券（利息调整）"并在当期转入"财务费用"的部分可以在税前扣除，转入"在建工程"或者其他资产成本的部分不能直接扣除，只能通过资产折旧或摊销来回收。此外，发行费用分摊到权益部分记入"资本公积——其他资本公积"部分的金额不得在税前扣除。譬如，在【例7-2】中，在2014年度，计入财务费用的2232.87万元（其中包含利息调整科目中转入的632.87万元），如果符合税法规定，则可税前扣除。

2. 债券持有人利息收入、赎回/回售及到期兑付资本利得的所得税问题

对于债券持有人取得的利息收入，如果属于企业持有人，则应当按照前述的有关债券利息收入的规定执行；如果属于个人持有人，则应当由发行人代扣

代缴个人所得税。

对于发行的附赎回选择权、回售选择权的可转换债券或者可转债到期兑付而言，则涉及债券赎回、回售或兑付赎回资本利得是否征收所得税的问题。对于企业持有人，依据《企业所得税法》及其实施条例的规定，视为财产转让所得征收企业所得税并无争议，但对于个人持有人是否负有个人所得税纳税义务则有争议。从实践案例来看，各上市公司基本未扣缴个人所得税，同时也造成对企业所得税利息税前扣除的差异。笔者以如下上市公司案例来进行说明：

【例7－3】上市公司附赎回选择权可转债赎回的税务处理

1. “澄星转债”发行人到期兑付兑息

根据2012年5月14日《江苏澄星磷化工股份有限公司关于“澄星转债”到期兑付兑息及摘牌的公告》披露：

根据本公司《可转换公司债券募集说明书》的规定，公司于“澄星转债”期满后5个工作日将按面值的105%加当期利息向投资者赎回全部未转股的可转债。“澄星转债”每张可转债本金面值100元，到期后将按面值的105%加2.7%票面利率（2011－2012年度）进行兑付，即到期本息合计107.70元/张（含税）。境内个人投资者扣除20%的个人所得税（所得税由公司代扣代缴）后实际每张可转债兑付106.16元（税后），QFII投资者按10%扣税后实际每张可转债兑付106.93元（税后），境内机构投资者公司不代扣所得税，实际每张可转债兑付107.70元。

2. “唐钢转债”投资人回售

根据2012年2月7日《河北钢铁股份有限公司关于“唐钢转债”回售的公告》的披露：

本次回售价格为“唐钢转债”面值加上当期利息，即102元/张。根据税务部门有关规定，对于个人投资者和证券投资基金，公司按20%的税率对当期利息代扣代缴个人所得税后，回售实际可得101.6元/张；对于合格境外投资者（QFII），公司按10%的税率对当期利息代扣代缴所得税后，回售实际可得101.8元/张；对于其他机构投资者，公司对当期利息不代扣代缴所得税，回售实际可得102元/张。

3. “久立转债”投资人回售

根据2014年6月19日《浙江久立特材科技股份有限公司关于“久立转债”回售的公告》的披露：

本次回售价格为“久立转债”面值的103%（含当期利息、含税），即103

元/张。因“久立转债”为第一个计息年度（计息起止日为2014年2月25日至2015年2月24日），利率为0.5%。本次回售以2014年6月30日为计息截止日，截至2014年6月30日债券持有人应得本计息年度利息为0.17元/张。根据税务部门有关规定，对于个人投资者和证券投资基金，公司按20%的税率对当期利息代扣代缴个人所得税后，回售实际可得102.96元/张；对于合格境外投资者（QFII），公司按10%的税率对当期利息代扣代缴所得税后，回售实际可得102.98元/张；对于其他机构投资者，公司对当期利息不代扣代缴所得税，回售实际可得103元/张。

4.“山鹰转债”发行人赎回

根据2010年2月2日《安徽山鹰纸业股份有限公司关于“山鹰转债”赎回事宜的公告》的披露：

安徽山鹰纸业股份有限公司于2009年12月28日发布了《关于“山鹰转债”赎回事宜的公告》，明确披露公司决定行使赎回权，随后公司在赎回期结束前陆续发布了多次关于“山鹰转债”赎回事宜的提示性公告。“山鹰转债”已于2010年2月1日停止交易及转股，未转股的“山鹰转债”全部被冻结，公司按票面金额105%的价格（即105元/张，含当期利息，且当期利息含税，税后为104.84元/张，QFII赎回缴纳利息税适用税率为10%，税后为104.92元/张）赎回了未转股的全部“山鹰转债”。根据中国证券登记结算有限责任公司上海分公司提供的数据，“山鹰转债”本次全部赎回数量为10,880张（面值1,088,000元，实际兑付金额为1,140,659.20元）。

5.“同仁转债”发行人赎回

根据2015年2月10日《北京同仁堂股份有限公司关于“同仁转债”赎回事宜的公告》的披露：

根据公司《募集说明书》中关于提前赎回的约定，赎回价格为103.00元/张（含当期利息，且当期利息含税）。

当期应计利息 $IA = B \times i \times t/365 = 100 \times 1.30\% \times 90/365 = 0.321$ 元/张。境内自然人投资者与证券投资基金扣税（适用税率20%，由公司代扣代缴）后实际赎回价格为102.936元/张（税后），QFII（合格境外机构投资者）扣税（适用税率10%，由公司代扣代缴）后实际赎回价格为102.968元/张（税后）。对于除上述两种情况以外的持有“同仁转债”的投资者，公司不代扣代缴所得税，实际赎回价格为103.00元/张。

【评析】笔者根据上述可转债的相关公告将有关到期兑付及强制赎回价格和

税负计算总结如下表：

可转债名称	类型	赎回/兑付价（税前）	赎回/兑付价（税后）	应计利息（含税）	扣缴个税金额（元）	兑付/赎回/回售溢价
澄星转债	到期兑付	107.70	106.16	2.70	1.54（7.70×20%）	5（未扣税）
唐钢转债	提前回售	102.00	101.60	2.00	0.4（2.00×20%）	0
久立转债	提前回售	103.00	102.967	0.17	0.034（0.17×20%）	2.83（未扣税）
山鹰转债	提前赎回	105.00	104.84	0.8	0.16（0.8×20%）	4.2（未扣税）
同仁转债	提前赎回	103.00	102.936	0.321	0.064（0.321×20%）	2.679（未扣税）

从上表可以看出：

1. 由于“澄星转债”到期兑付兑息采用的方式是按面值的105%加当期利息向投资者赎回全部未转股的可转债，“澄星转债”每张可转债本金面值100元，到期后将按面值的105%加2.7%票面利率（2011－2012年度）进行兑付，即到期本息合计107.70元/张（含税），因此其仅仅代扣代缴了应计利息部分2.70元/张的个人所得税，并未对赎回溢价资本利得部分5元/张扣缴个税；

2. 对于“久立转债”回售而言，仅仅对当期利息代扣代缴个人所得税，并未对溢价回售资本利得部分代扣个税；

3. 对于“山鹰转债”赎回和“同仁转债”赎回而言，仅仅对当期利息代扣代缴个人所得税，并未对溢价赎回资本利得部分代扣个税。

同时，我们发现在上述所有的可转债，对于合格境外投资者（QFII）都按10%的税率对当期利息代扣代缴所得税，对于其他机构投资者，对当期利息不代扣代缴所得税，由其按照税法规定自行申报纳税。

从上述例子可以看出，到期兑付赎回提前赎回、回售的可转债仅仅对当期利息部分代扣代缴所得税，而不对溢价部分资本利得代扣代缴所得税。笔者认为，尽管个人所得税法并未对可转债赎回时支付的溢价部分明确规定征税，但可转债赎回并不同于一般债券的到期兑付，其实质是财产（有价证券）的转让行为，获得的转让溢价是资本利得，应按照交易净价计算个人所得税，由赎回债券的公司代扣代缴。相对应发行方而言，该部分溢价支出企业所得税可以税前扣除。

四、分离交易的可转换公司债券的财税问题

（一）分离交易的可转换公司债券的会计核算问题

尽管分离交易的可转换公司债券依然属于可转换公司债券，其会计核算基本类似，但分离交易的可转换公司债券又属于一种特殊的可转换公司债券，它将债权和认股权相分离，所以转换时是认股权部分被冲减，而一般的可转换公司债券是债权部分直接转为股份，所以转换股票的时候冲减的可转换公司债权的账面价值。

分离交易的可转债到期没有行权的，在到期时将原计入“资本公积——其他资本公积”的部分转入“资本公积——股本溢价”，而一般的可转换公司债权只将转为股票的对应部分的“资本公积——其他资本公积”转为“资本公积——股本溢价”，不转为股票的部分不结转。

（二）分离交易的可转换公司债券的所得税问题

上市公司在发行分离交易的可转换公司债券过程中，依据法律法规的规定，应当由证券公司承销，与证券公司签订承销协议，同时支付发行金额一定比例的手续费、佣金。那么，上市公司发行分离交易可转债时支付的手续费、佣金，是否可以在企业所得税前列支？

根据《财政部、国家税务总局关于企业手续费及佣金支出税前扣除政策的通知》（财税［2009］29 号）第一条规定：“企业发生与生产经营有关的手续费及佣金支出，不超过以下规定计算限额以内的部分，准予扣除；超过部分，不得扣除。1. 保险企业：财产保险企业按当年全部保费收入扣除退保金等后余额的 15%（含本数，下同）计算限额；人身保险企业按当年全部保费收入扣除退保金等后余额的 10% 计算限额。2. 其他企业：按与具有合法经营资格中介服务机构或个人（不含交易双方及其雇员、代理人和代表人等）所签订服务协议或合同确认的收入金额的 5% 计算限额。”第二条还规定，“企业为发行权益性证券支付给有关证券承销机构的手续费及佣金不得在税前扣除。”第四条规定：“企业已计入固定资产、无形资产等相关资产的手续费及佣金支出，应当通过折旧、摊销等方式分期扣除，不得在发生当期直接扣除。”

【例 7－4】上市公司发行分离交易的可转债手续费、佣金的税务处理

假定，甲上市公司在 2013 年发行了分离交易可转债，发行规模为 100000 万元。每张公司债券面值 100 元，按面值发行，票面利率为 0.6%，共计 1000 万

张，债券期限为5年。所有认购公司分离交易可转债的投资者，每张公司债券可无偿获配公司派发的5份认股权证，认股权证共计发行5000万份。债券面值为100000万元。本次发行共发生手续费支出2000万元。

问题：企业发生的手续费支出只要不超过与具有合法经营资格中介服务机构或个人所签订服务协议或合同确认的收入金额的5%，就准予在2013年企业所得税汇算时全额扣除？

【解析】1. 根据财税［2009］29号文第二条的规定，企业为发行权益性证券支付给有关证券承销机构的手续费及佣金不得在税前扣除。因此，这个问题的关键是判断发行分离交易可转债是属于权益性证券还是债务性证券。如前所述，分离交易可转债事实是两个独立上市交易的证券产品：一是基础的债券，二是衍生的认股权证。对于债券独立上市之后，则不再具有转股权利，而认股权证则属于权益性证券。因此，上市公司发行的分离交易可转债可分离为债券（债务性证券）和认股权证（权益性证券）两部分。发行分离交易可转债过程中支付给承销公司的佣金、手续费，应按债券和认股权证的公允价值比例进行分摊。

2. 根据会计准则的相关规定，与发行权益性证券直接相关的手续费、佣金等交易费用，借记"资本公积——股本溢价"科目，贷记"银行存款"科目。该规定与财税［2009］29号文的规定保持一致，即上市公司因发行认股权证（权益性证券）而支付给有关证券承销机构的手续费及佣金在会计核算时不计入损益，也不得在企业所得税前扣除。

3. 对于分摊给债券部分的手续费及佣金，不能在发生当期企业所得税申报时一次性在税前扣除。因为，根据《企业会计准则第22号——金融工具确认和计量》第三十条规定，企业初始确认金融资产或金融负债，应当按照公允价值计量。对于以公允价值计量且其变动计入当期损益的金融资产或金融负债，相关交易费用应当直接计入当期损益；对于其他类别的金融资产或金融负债，相关交易费用应当计入初始确认金额。而上市公司发行的分离交易可转债中的债券在会计核算时应确认为其他金融负债，相关交易费用应计入初始确认金额。即与发行债券直接相关的手续费、佣金等交易费用，账务处理应为：借记"应付债券——分离交易的可转换公司债券（利息调整）"科目，贷记"银行存款"科目。以后各年计提利息时，借记"财务费用"科目，贷记"应付债券——分离交易的可转换公司债券（利息调整）"科目。即是说，企业因发行债券而支付的手续费支出在会计核算上确认为资本性支出，计入债券的初始成本。根据

《企业所得税法实施条例》第二十八条规定，企业发生的支出应当区分收益性支出和资本性支出。收益性支出在发生当期直接扣除；资本性支出应当分期扣除或者计入有关资产成本，不得在发生当期直接扣除。同时，财税［2009］29号文第四条规定："企业已计入固定资产、无形资产等相关资产的手续费及佣金支出，应当通过折旧、摊销等方式分期扣除，不得在发生当期直接扣除。"因此，因发行债券而支付给有关证券承销机构的手续费及佣金，应在债券发行期内各年计提利息时转入各年的财务费用，分期扣除，而不能在发行当年一次性申报扣除。

通过上述分析，针对分离交易的可转换公司债券的佣金、手续费支付的所得税税务处理如下：第一，上市公司在发行分离交易可转债过程中，因发行认股权证（权益性证券）而支付给有关证券承销机构的手续费及佣金，在企业所得税申报时不得在税前扣除；第二，上市公司在发行分离交易可转债过程中，因发行债券而支付的手续费支出属于资本性支出，应在债券发行期内分期扣除，而不能在发生当期企业所得税申报时，一次性在税前扣除。

对于其他相关的税务问题基本与可转换债券类似，不再赘述。

五、公司可交换债券的财税问题

（一）公司可交换债券的会计核算问题

可交换债券属于可转换债券的变异品种，二者基本要素相同，包括面值、票面利率、市场利率、换股比率、债券价值、权益价值等。在债券发行期、利息确认期的会计计量方法一致。但是，可交换债券持有人行使转股权时的会计处理方法不同。当可交换债券持有人行使转换权时，发行方应借记"应付债券——可交换公司债券"，按转换的股权的账面价值从"长期股权投资"、"可供出售金融资产"、"交易性金融资产"等科目的贷方转出，两者的差额借记或贷记"投资收益"科目。

（二）公司可交换债券的税务问题

如前所述，可交换公司债券本质上仍然属于可转换公司债券的范畴，其也具有可转换公司债券的基本特征，有着类似的要素，包括票面利率、期限、换股价格和换股期等。二者投资价值均与上市公司业绩相关，且在约定期限内可以约定的价格转换为标的股票。它与一般可转换公司债券具有的前述区别对于税务处理的原则和方法并不具有实质性的影响，所以有关的内容请读者参照可转换公司债券的相关内容，不再赘述。

专题 8：优先股、永续债的税务问题

内容概览

在 2013 年 11 月 30 日之前，尽管我国《公司法》第一百三十一条规定："国务院可以对公司发行本法规定以外的其他种类的股份，另行作出规定。"但是，一直没有相关的其他种类股份的法规出台，直到《国务院关于开展优先股试点的指导意见》（国发［2013］46 号，下称"《指导意见》"）才为优先股登上历史舞台扫清了法律障碍。2014 年 3 月 21 日，中国证监会出台了《优先股试点管理办法》（证监会令第 97 号，下称"《管理办法》"）对有关上市公司公开发行优先股和上市公司、非上市公众公司非公开发行优先股试点管理进行了规定。鉴于优先股在我国尚属于试点阶段，其本身具有明显的混合性证券的特性，相对于普通股更为复杂，其税务处理则更是处于"空白地带"。同时，在债券领域从 2013 年国内第一单带有"永续债"性质的"13 武汉地铁可续期债"上市以来，永续债的财税处理也成了争论的热点话题。本专题包含如下内容：

■ 优先股的概念、法律特征及其分类

■ 优先股的财税处理

■ 永续债的概念、法律特征

■ 永续债的财税处理

一、优先股的概念、法律特征及其分类

（一）优先股的概念和法律特征

根据《指导意见》第一条第（一）项和《管理办法》第二条的规定："优先股是指依照公司法，在一般规定的普通种类股份之外，另行规定的其他种类股份，其股份持有人优先于普通股股东分配公司利润和剩余财产，但参与公司决策管理等权利受到限制。"

优先股具有两个主要法律特征：一是，优先于普通股股东分配公司利润和

剩余财产；二是，参与公司决策管理等权利受到限制，这也是与普通股的本质区别所在。优先股的定义实质是公司法理论上的股份类别以及类别权的体现。前者又可细分为优先分配权（优先分红权）和优先清算权；后者主要包括优先股的表决权限制。优先分配权系指优先股股东享有优先于普通股股东分配公司利润的权利。优先清算权系指当公司破产清算时，优先股股东享有优先于普通股股东分配剩余财产的权利。表决权限制系指除特定的情形之外，优先股股东并不参与公司管理决策，不出席股东大会会议，所持股份没有表决权。这些除外的特定情形通常包括：（1）修改公司章程中与优先股相关的内容；（2）一次或累计减少公司注册资本超过百分之十；（3）公司合并、分立、解散或变更公司形式；（4）发行优先股；（5）公司章程规定的其他情形。前述事项的决议，除须经出席会议的普通股股东（含表决权恢复的优先股股东）所持表决权的三分之二以上通过之外，还须经出席会议的优先股股东（不含表决权恢复的优先股股东）所持表决权的三分之二以上通过（《指导意见》第一条第（五）项，《管理办法》第十条）。

（二）优先股的分类

根据优先股不同的法律特性可以对其进行不同的分类。主要包括：

1. 累积优先股和非累积优先股

根据优先股参与分配的不同，优先股可以分为累积优先股和非累积优先股。前者是指公司在停止派发股息一段时间后恢复派息时，须清偿停止派息期间积欠优先股股东的股息；后者是指当期的优先股红利只能在当期内分配，不能延迟到下一期间。

2. 有参与权优先股和无参与权优先股

优先股还可以分为有参与权优先股和无参与权优先股。前者是指在优先取得既定红利股息后，仍能同普通股股东一样参加公司盈余分配；后者则只能取得既定的红利股息。在剩余财产分配优先股中，当公司清算时，该类别股股东对剩余财产享有优先于普通股股东予以分配的权利。

3. 可赎回优先股和不可赎回优先股

根据优先股是否可以赎回，可以分为可赎回优先股和不可赎回优先股。同时，根据优先股是否可以回售或赎回，优先股可以分为优先股股东可以要求回售优先股和发行人可以要求赎回优先股。

4. 可转换优先股和不可转换优先股

根据优先股是否可以转换为普通股，可以分为可转换优先股和不可转换优

先股。同时，根据优先股是否可以强制转股，可以分为强制转换优先股和非强制转换优先股。

通过上述分类，我们可以发现，优先的性质具有混合性和复杂性。因此，在税法领域如何根据其特性和类别来建立相应的优先股的税法规则显得非常重要，当然也显然具有复杂性。

二、优先股的财税处理

从优先股的主要法律特征来分析，显然优先股既具有最基本的股权属性，又具有明显的债权特征，因此被称为“混合证券”。这就决定了对它如何进行会计处理和税务处理是一件比较复杂的事情。

（一）优先股的会计处理

财政部为贯彻落实《指导意见》等有关要求，规范优先股、永续债等金融工具的会计处理，2014 年 3 月 21 日发布了《金融负债与权益工具的区分及相关会计处理规定》（财会［2014］13 号，下称“13 号文”），并从发布之日起施行。13 号文与《企业会计准则第 22 号——金融工具确认和计量》（下称“《金融工具确认和计量准则》”）和《企业会计准则第 37 号——金融工具列报》（下称“《金融工具列报准则》”）一起构成了对优先股会计处理的规范。按照《金融工具确认和计量准则》的规定，“金融工具”是指形成一个企业的金融资产，并形成其他单位的金融负债或权益工具的合同。“权益工具”是指能够证明拥有主体在扣除所有负债后的资产中的剩余权益的合同。“金融负债”是指企业符合下列条件之一的负债：（1）向其他方交付现金或其他金融资产的合同义务；（2）在潜在不利条件下，与其他方交换金融资产或金融负债的合同义务；（3）将来须用或可用企业自身权益工具进行结算的非衍生工具合同，且企业根据该合同将交付可变数量的自身权益工具；（4）将来须用或可用企业自身权益工具进行结算的衍生工具合同，但以固定数量的自身权益工具交换固定金额的现金或其他金融资产的衍生工具合同除外。

金融工具以其经济实质而不是其法律形式，决定其在发行人资产负债表内的分类。虽然经济实质和法律形式通常是一致的，但情况并非必然如此。譬如，有些金融工具的法定形式表现为权益，但实质上是负债；还有些金融工具可能既有权益工具的特征，又有金融负债的特征。所以，企业发行的优先股如何认定其性质，归根结底需要根据优先股发行合约的约定，并结合“实质重于形式”来综合判断将其归类于权益工具或金融负债。

1. 优先股可以划分为金融负债或权益工具

根据13号文的规定，企业能否将其发行的优先股分类为权益工具，一般来说，需遵从两大基本原则：（1）是否能无条件地避免交付现金或其他金融资产的合同义务；（2）以发行方自身权益工具（比如，普通股）进行结算的，是否符合“固定对固定”原则。

（1）无条件避免交付现金或其他金融资产的合同义务

根据13号文的规定，分类为权益工具的金融工具应当不包括交付现金或其他金融资产给其他方，或在潜在不利条件下与其他方交换金融资产或金融负债的合同义务。如果企业不能无条件地避免以交付现金或其他金融资产来履行一项合同义务，则该合同义务符合金融负债的定义。实务中，常见的此类合同义务情形包括：

①金融工具发行方被要求以某一既定金额或某一可确定的金额强制赎回此金融工具。比如，实务中的强制回售优先股。

②金融工具发行方被要求以某一既定金额或某一可确定的金额强制支付利息。比如，《管理办法》第二十八条第（二）项规定，上市公司公开发行优先股，在有可分配税后利润的情况下必须向优先股股东分配股息，即强制分红优先股。尽管是否存在可分配税后利润存在不确定性，但一旦存在，则发行人不能避免现金分红，即不能“无条件”地避免支付利息。

换言之，确定金融工具是否为权益工具的关键在于发行方是否能无条件地避免以交付现金或其他金融资产来履行一项合同义务。例如，对权益工具（如普通股）而言，以股利或其他分配形式支付现金的权利由发行方自主决定，因此不存在向工具持有方交付现金或其他金融资产的义务。如果是否发放股利取决于发行方的意愿，则股利是累积股利还是非累积股利均不会影响该金融工具被分类为权益工具。

13号文规定很复杂，但归根结底，若发行人存在确定的强制分红义务（即使当期因无盈利不分红，累积到未来某一期分红），即应该确认为金融负债；反之，若公司可以自主决定当期是否分红（即使分红的比率或金额是确定的，而且公司有盈利），若不分红则往后期递延，并且不存在强制赎回条款或回售权条款（暂时不考虑转换条款）时，那么这种优先股应确认为权益工具。

（2）以交付固定数量的自身权益工具结算固定金额（“固定对固定”原则）

根据13号文规定，如果发行的金融工具须用或可用企业自身权益工具结算，需要考虑用于结算该工具的企业自身权益工具，是作为现金或其他金融资产的替代品，还是为了使该工具持有方有权按照比例份额分享在发行方扣除所

有负债后的资产中的剩余权益。如果是前者，该工具是金融负债；如果是后者，该工具是权益工具。

对于将来须用或可用企业自身权益工具结算的金融工具的分类，应当区分衍生工具还是非衍生工具：

①对于非衍生工具，如果发行方未来没有义务交付可变数量的自身权益工具进行结算，则该非衍生工具是权益工具；否则，该非衍生工具是金融负债。

②对于衍生工具，如果发行方只能通过以固定数量的自身权益工具交换固定金额的现金或其他金融资产进行结算，则该衍生工具是权益工具；如果发行方以固定数量自身权益工具交换可变金额现金或其他金融资产，或以可变数量自身权益工具交换固定金额现金或其他金融资产，或在转换价格不固定的情况下以可变数量自身权益工具交换可变金额现金或其他金融资产，则该衍生工具应当确认为金融负债或金融资产。

某些金融工具可能包含发行方交付可变数量的自身权益工具的义务，从而根据合同安排交付的主体自身权益的公允价值等于合同义务的金额。此类工具不符合权益工具的定义，因为发行方不过是使用自身股票作为货币的替代来履行其义务。

如果发行的金融工具合同条款中包含在一定条件下转换成发行方普通股的约定（例如可转换优先股中的转换条款），该条款将影响发行方是否没有交付可变数量自身权益工具的义务或者是否以固定数量的自身权益工具交换固定金额的现金或其他金融资产（“固定对固定”原则）。对于以发行方自身权益工具结算的金融工具，在判断该工具的会计分类时，企业需要运用“固定对固定”的原则。

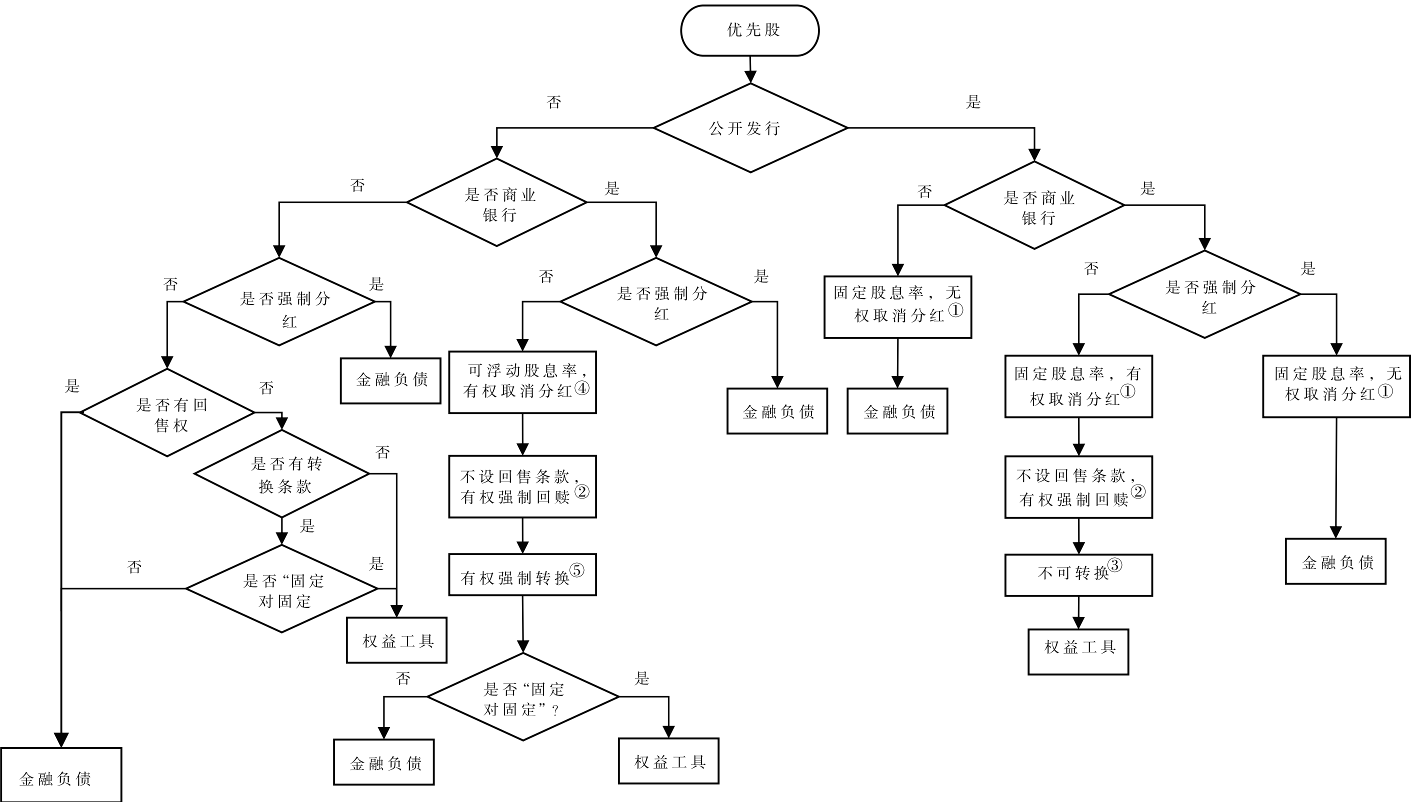
2. 或有结算条款

或有结算条款，指是否通过交付现金或其他金融资产进行结算，或者是否以其他导致该金融工具成为金融负债的方式结算，需要由发行方和持有方均不能控制的未来不确定事项（如股价指数、消费价格指数变动，利率或税法变动，发行方未来收入、净收益或债务权益比率等）的发生或不发生（或发行方和持有方均不能控制的未来不确定事项的结果）来确定的条款。

13 号文规定，除下列情况外，对于附或有结算条款的金融工具，发行方应将其归类为金融负债：（1）要求以现金、其他金融资产或以其他导致该工具成为金融负债的方式进行结算的或有结算条款几乎不具有可能性，即相关情形极端罕见、显著异常或几乎不可能发生；（2）只有在发行方清算时，才需以现金、其他金融资产或以其他导致该工具成为金融负债的方式进行结算；（3）按照《金融负债与权益工具区分规定》分类为权益工具的可回售工具。

笔者将优先股是否构成权益工具或金融负债决策树总结如下图 8－1。

图8-1：优先股是否构成权益工具或金融负债决策树



注：①《管理办法》第二十八条："上市公司公开发行优先股应当在公司章程中规定以下事项：（一）采取固定股息率；（二）在有可分配税后利润的情况下必须向优先股股东分配股息；（三）未向优先股股东足额派发股息的差额部分应当累积到下一会计年度；（四）优先股股东按照约定的股息率分配股息后，不再同普通股股东一起参加剩余利润分配。商业银行发行优先股补充资本的，可就第（二）项和第（三）项事项另行约定。"

《商业银行资本管理办法（试行）》（银监会令［2012］第1号）附件1"资本工具合格标准"之"二、其他一级资本工具的合格标准"规定："（九）任何情况下发行银行都有权取消资本工具的分红或派息，且不构成违约事件。发行银行可以自由支配取消的收益用于偿付其他到期债务。取消分红或派息除构成对普通股的收益分配限制以外，不得构成对发行银行的其他限制。"

②《中国银监会 中国证监会关于商业银行发行优先股补充一级资本的指导意见》（银监发〔2014〕12号）第六条："商业银行不得发行附有回售条款的优先股。商业银行行使赎回权，应遵守《商业银行资本管理办法（试行）》的相关规定。"

《商业银行资本管理办法（试行）》（银监会令［2012］第1号）附件1"资本工具合格标准"之"二、其他一级资本工具的合格标准"规定："（五）没有到期日，并且不得含有利率跳升机制及其他赎回激励；（六）自发行之日起，至少5年后方可由发行银行赎回，但发行银行不得形成赎回权将被行使的预期，且行使赎回权应得到银监会的事先批准……"

③《管理办法》第三节"其他规定"第三十三条："上市公司不得发行可转换为普通股的优先股。但商业银行可根据商业银行资本监管规定，非公开发行触发事件发生时强制转换为普通股的优先股，并遵守有关规定。"

④《管理办法》第六条："试点期间不允许发行在股息分配和剩余财产分配上具有不同优先顺序的优先股，但允许发行在其他条款上具有不同设置的优先股。

同一公司既发行强制分红优先股，又发行不含强制分红条款优先股的，不属于发行在股息分配上具有不同优先顺序的优先股。"

⑤《管理办法》第三节"其他规定"第三十三条："上市公司不得发行可转换为普通股的优先股。但商业银行可根据商业银行资本监管规定，非公开发行触发事件发生时强制转换为普通股的优先股，并遵守有关规定。"

《中国银监会、中国证监会关于商业银行发行优先股补充一级资本的指导意见》（银监发〔2014〕12号）第七条："商业银行应根据《商业银行资本管理办

法（试行）》和《优先股试点管理办法》等规定，设置将优先股强制转换为普通股的条款，即当触发事件发生时，商业银行按合约约定将优先股转换为普通股。商业银行发行包含强制转换为普通股条款的优先股，应采取非公开方式发行。优先股强制转换为普通股的转换价格和转换数量的确定方式，由发行人和投资者在发行合约中约定。”

《商业银行资本管理办法（试行）》银监会令［2012］第1号附件1“资本工具合格标准”之“二、其他一级资本工具的合格标准”规定：“（十）必须含有减记或转股的条款，当触发事件发生时，该资本工具能立即减记或者转为普通股。”

总结起来，判断优先股是否构成权益工具或金融负债需要遵循如下几个步骤来进行判断：

1. 判断发行人是上市公司或是非上市公司；判断发行人是否属于需要遵循特别规定的商业银行；

2. 判断是公开发行或是非公开发行；

3. 判断发行人是否可以无条件避免交付现金或其他金融资产的合同义务。其中，又包括如下两个细的判断：（1）判断发行人是否有强制性分红义务，如果有强制性分红义务，则属于金融负债；反之，进行下一步判断；（2）判断发行人是否有强制赎回义务或者优先股股东是否有回售权，如果是，则属于金融负债；反之，进行下一步判断；

4. 若优先股包含转换条款，判断该转换条款是否导致发行人以交付固定数量的自身权益工具结算固定金额，如果是，则属于权益工具；反之，则属于金融负债。

需要特别注意的是，由于《管理办法》第三章“上市公司发行优先股”第二节“公开发行的特别规定”第二十八条第（二）项规定，在有可分配税后利润的情况下必须向优先股股东分配股息，对于上市公司公开发行优先股而言，该等优先股包含有“向其他方交付现金或其他金融资产的合同义务”，并且发行人不能“无条件”避免，因此应划分为金融负债。

下面笔者以平安银行（000001）非公开发行优先股来进行展示：

【例8-1】平安银行（000001）非公开发行优先股——权益工具

根据平安银行发行预案披露，非公开发行优先股的发行条款摘录和分析如下：

条款	条款具体约定与分析
票面股息率	本次优先股计划采取固定股息率。票面股息率不得高于发行前公司最近两个会计年度的年均加权平均净资产收益率。 【分析】：优先股采用固定股息率，但这并不意味着发行人就不能无条件地避免以交付现金或其他金融资产来履行一项合同义务，还需要结合其他股息条款来进行判定。
股息发放的条件	(1) 在确保公司资本状况满足商业银行资本监管要求，且有可分配税后利润的情况下，可以向本次优先股股东派发股息。公司分配当年税后利润时，在弥补以前年度的亏损、提取法定公积金百分之十、提取一般准备后向优先股股东派发股息。本次优先股股东派发股息的顺序在普通股股东之前，股息的支付不与公司自身的评级挂钩，也不随着评级变化而调整。(2) 经股东大会批准，公司有权取消本次优先股的派息，且不构成违约事件。公司可以自由支配取消派息的收益用于偿付其他到期债务。取消派息除构成对普通股的收益分配限制以外，不构成对公司的其他限制。(3) 如果公司全部或部分取消派息，在完全派发约定的当年优先股股息之前，公司将不会向普通股股东分配股息。 【分析】：1. 条款（1）意味着发行人没有强制性分红的义务。是否分红完全取决于发行方的意愿或自主决定，因此不存在向工具持有方交付现金或其他金融资产的义务。 “公司分配当年税后利润时，在弥补以前年度的亏损、提取法定公积金百分之十、提取一般准备后向优先股股东派发股息。”的约定形成公司的推定义务，但不是公司的合同义务，且公司可以无条件避免（公司股东大会有权决定每年优先股是否支付股息）。 2. 条款（2）表明发行方有权取消优先股分红，且不构成违约。这同样意味着发行人能无条件地避免以交付现金或其他金融资产来履行一项合同义务； 3. 条款（3）属于与普通股股利支付相联结的合同条款中的“股利制动机制”和“股利推动机制”。所谓“股利制动机制”是指该条款要求发行人如果不支付优先股股利的话，则其也不能支付普通股股利。所谓“股利推动机制”是指该条款要求发行人如果支付普通股股利，则其也需支付优先股股利。由于普通股股利的分配取决于发行人，因此其拥有无条件避免以现金支付优先股股利的权利。
回购条款	根据商业银行资本监管规定，本次优先股不设置回售条款，但设置有条件赎回条款。本次优先股股东无权要求公司行使赎回权或向公司回售优先股。 根据商业银行资本监管规定，本次优先股无到期日，公司对本次优先股没有行使赎回权的计划，投资者也不应形成本次优先股的赎回权将被行使的预期。但自发行之日起 5 年后，如果得到中国银监会的批准，公司有权赎回全部或部分本次优先股。赎回期至本次优先股被全部赎回或转股之日止，赎回日与计息日一致。公司行使赎回权需要符合以

续 表

	下要求：①公司计划使用或已经具有同等或更高质量的资本工具替换被赎回的优先股，并且只有在收入能力具备可持续性的条件下才能实施资本工具的替换。②公司行使赎回权后的资本水平仍明显高于中国银监会规定的监管资本要求。 本次优先股的赎回价格为优先股的票面金额加当期应付股息。 【分析】：本条款约定意味着，优先股股东无权要求公司行使赎回权或向公司回售优先股，并且发行人是否赎回全部或部分本次优先股完全取决于发行人的意愿，发行人完全可以不行使赎回权，即发行人能够无条件地避免以交付现金或其他金融资产来履行一项合同义务。同时，赎回选择权的行权价格与摊余成本大致相等，即与主合同紧密相关，无需分析。
转换条款	(1) 根据商业银行资本监管规定，为符合其他一级资本工具的合格标准，本次发行的优先股将在触发事件发生时强制转换为公司普通股。 强制转股的触发条件：①当其他一级资本工具触发事件发生时，即核心一级资本充足率降至5.125%（或以下）时，届时尚在存续的本次优先股将全部或部分转为普通股，并使公司的核心一级资本充足率恢复到触发点以上。②当二级资本工具触发事件发生时，本次优先股将全部转为普通股。其中，二级资本工具触发事件是指以下两种情形的较早发生者：(a) 中国银监会认定若不进行转股或减记，公司将无法生存。(b) 相关部门认定若不进行公共部门注资或提供同等效力的支持，公司将无法生存。 (2) ①本次优先股的初始强制转股价格为审议本次发行方案的董事会决议公告日前二十个交易日的公司普通股股票交易均价的90%。即本次发行的优先股初始强制转股价格为8.85元/股。 ②当公司普通股发生送红股（不包括派发现金股利选择权等方式）、转增股本、增发新股（不包括因发行带有可转为普通股条款的融资工具（如优先股、可转换公司债券等）转股而增加的股本）、配股等情况时，公司将按上述条件出现的先后顺序，依次对强制转股价格进行累积调整，但强制转股价格不因公司派发普通股现金股利的行为而进行调整。具体调整办法如下： 送红股或转增股本：$P1 = P0 \times N / (N + n)$； 增发新股或配股：$P1 = P0 \times (N + k) / (N + n)$；$k = n \times A / M$； 其中：P0为调整前有效的强制转股价格，N为该次普通股送红股、转增股本、增发新股或配股前公司普通股总股本数，n为该次普通股送红股、转增股本、增发新股或配股的新增股份数量，A为该次增发新股价或配股价，M为该次增发或配股已经生效且不可撤销的发行结果公告刊登前一个交易日的普通股收盘价，P1为调整后有效的强制转股价格。 如果公司认为可能任何其他情形使公司股份类别、数量和/或股东权益发生变化，从而可能影响优先股和普通股股东的权益时，公司有权视具体情况按照公平、公正、公允的原则以及充分维护和平衡优先股和普通股股东权益的原则调整强制转股价格。

续　表

	（3）本次优先股股东强制转股时，转股数量的计算方式为：Q = V/P1。不足转换为一股的余额，公司将以现金方式偿付。其中 V 为强制转股涉及的优先股的票面总金额；P1 为届时有效的强制转股价格。 【分析】：1. 条款（1）意味着当触发事件发生时，本次发行的优先股将强制转股，但触发事件属于发行方和持有方均无法控制的或有事项，即触发事件有可能发生，且可能导致发行人在除其清算之外的时间必须交付现金或其他金融资产，但这并不必然意味着优先股就属于金融负债，但需要判断是否符合“固定对固定”原则。同时，优先股持有人无权要求转股。 2. 对于条款（2）①和（3），由于优先股初始强制转股价格为 8.85 元/股，因此，对于任一优先股股东而言，其在成为优先股股东时，其可转换金额以及普通股股数即是确定的，符合“固定对固定”原则；同时，条款（2）②属于“反稀释条款”。由于“反稀释条款”会导致转换时将向优先股股东交付的股份数量发生变化，因此须审慎确定此类条款是否能够满足“固定对固定”原则。一般来说，我们需要分析“反稀释条款”对于其普通股股东及可转换优先股股东之间相对利益的影响，来判断该条款是否会违反“固定对固定”原则。如果调整转股价格而使得交付的股份数量发生变化，若该变化是为了弥补优先股股东相对于现有普通股股东的利益，则该转股价格的调整通常并不视作违反“固定对固定”原则。如果转换价格的调整使普通股股东利益受损而令优先股股东受益，则会有不同的结论。由于，在本条款中，反稀释条款用于在稀释事项发生时，使得优先股持有人相对于现有普通股股东的经济地位与之前相同，并且任何时候强制转股价格不因公司派发普通股现金股利的行为而进行调整，不违反“固定对固定”原则。因此，本次发行的优先股不会因转换条款而导致产生交付可变数量自身权益工具的义务，符合“固定对固定”原则。
【结论】：发行人平安银行支付固定股息的义务可以无条件避免；发行人有权（但并非必须）赎回全部或部分优先股，优先股股东无权向发行人回售优先股；转换权满足“固定对固定”原则。即，发行人平安银行没有交付现金或其他金融资产或交换金融资产或金融负债结算的合同义务，发行人平安银行可用自身普通股结算且优先股持有人享有剩余权益，公司未来没有义务交付可变数量的自身权益工具进行结算，因此该优先股属于权益工具。	

在实务案例中，除了固定股息率之外，某些优先股条款还存在浮动股息以及利息跳升机制以及递延支付利息条款等约定，这些约定本身并不必然构成发行人强制性分红义务，需要结合其他股息条款、回购条款和转换条款进行具体分析。这样的典型案例可以参见 2014 年中国建筑（601668）非公开发行优先股和中国电建（601669）非公开发行优先股。在这两个案例中，发行人都将优先

股划分为权益工具。

（二）优先股的税务处理

对于优先股的税务处理问题主要涉及两个方面的内容：一是，优先股股东的税务处理问题，即发行人分配利润时是否认定为股息、红利或是利息；二是，依据《管理办法》第二十六条第一款第（二）项的规定，以公开发行优先股作为支付手段收购或吸收合并其他上市公司的，该等优先股是否构成59号文上的“股权支付”对价，因为这将涉及收购或吸收合并是否满足特殊性税务处理的问题。还有，在优先股注销减资或者公司清算时，优先股如何进行税务处理也是个问题。下面笔者分别对这三个问题进行介绍。

1. 优先股股息的税务处理

（1）优先股股息的所得税税务处理

我国现行有关税收的法律、法规尚无对优先股股息税务处理的明确规定，因此向优先股股东支付股息的税务处理方式尚存在不确定性。截至目前，唯一具有指导意义的规定是《指导意见》第三条第（十六）项规定：“企业投资优先股获得的股息、红利等投资收益，符合税法规定条件的，可以作为企业所得税免税收入。”但该规定是否就将优先股股息明确为税法上的“股息、红利”而不是“利息”了呢？应该是尚不明确。笔者分析如下：

【疑难问题8－1】：如何理解和适用国发［2013］46号文第三条第（十六）项规定：“企业投资优先股获得的股息、红利等投资收益，符合税法规定条件的，可以作为企业所得税免税收入”？

该条款规定其实隐含了一个前提条件，即“企业投资优先股获得的股息、红利等投资收益”，笔者认为，这并非就是对企业投资优先股获得的“股息、红利”的定性。其可能隐含的潜台词是，如果税法上定性为“股息、红利等投资收益”的，才有后面的“符合税法规定条件的，可以作为企业所得税免税收入。”同时，税法上对优先股股息性质的界定的一种可行的处理方式是可以采取与会计处理保持一致的原则。即，如果会计上依据经济实质原则确定为权益工具的，则作为股息、红利处理；如果确定为金融负债的，则作为利息处理。

鉴于，国发［2013］46号文并非税收法规、规章以及规范性意见，所以实务中优先股发行人需要与主管税务机关进行具体协商和沟通以确定优先股股息的相关税务处理问题。

既然我国对于优先股股息的税务处理并无明确规定，那我们可以来考察和借鉴优先股成熟国家——美国有关的税法规定。

在美国《联邦税收法典》（Internal Revenue Code，“IRC”）[①] 第358条[②]是针对作为股票或债券的公司利息的税务处理规定，即是针对混合性质金融工具股息的界定的规定。在第358（b）条款列举了在判定混合性金融工具或证券性质（即债权人与债务人关系或者公司与股东的关系）时需要考量的一些因素：

（a）是否存在一个书面的、经请求或在一个特定日期无条件以充足对价的货币或货币等价物返还本金和支付一个固定利息的承诺；

（b）是否优先于或劣于公司的任何债务；

（c）公司的债资比例；

（d）是否能转换为公司股票；

（e）公司股票的保有和所涉利息的保有之间的关系。

从上述判定因素来看，与IFRS、U.S. GAAP以及我国会计准则法规对混合性金融工具债股划分需要考虑的主要因素是基本一致的。

上述IRC第358条仅仅是一些原则性的规定，但美国国税局（Internal Revenue Service，“IRS”）在1994年以通知[③] Notice 94－47, 1994－1 C. B. 357的形式对此进行了解释。在该通知有关“一般债务/权益分析”中，国税局阐述了其立场——判断一个工具在联邦所得税法目的上的特征时需要考虑工具的条款和所有的事实和情形。同时，还列举了判断其特征可以考虑的因素包括：

（a）发行人是否存在一个经请求或在一个可合理预测的未来的固定到期日无条件支付一笔固定款项的承诺；

我们讲，如果一项工具使得发行人不能无条件地避免以交付现金或其他金融资产来履行一项合同义务，则该合同义务符合金融负债的定义。显然，金融负债的一个明显的特征是，该工具存在一个可合理确定的固定到期日，在该到期日，发行人负有无条件偿付本金及利息的义务。而对于权益工具（典型地是普通股）则属于无到期日，发行人并不存在到期需要偿还投资款的义务，一般亦不存在强制分红的义务，权益工具持有人享有的是对发行人净资产权益的索取权或请求权。

---

① 美国《联邦税收法典》并不是一部独立的法典，它只是《美国法典》（U.S. Code）的第26标题，只不过由于美国联邦税收制度基本集中在该标题，并为了便于称呼而称之为《联邦税收法典》。也被翻译为《国内收入法典》或《国内税收法典》或《美国税收法典》。

② 26 USC § 358：Treatment of certain interests in corporations as stock or indebtedness.

③ 笔者注：通知（Notice）是一种具有公告性质的文书，是指可能包含关于IRC或其他法律规定的实质性解释的一个发布指南。比如，当规章可能不会立即发布时，通知可以被用于阐述什么样的规章将在什么时间被公布。

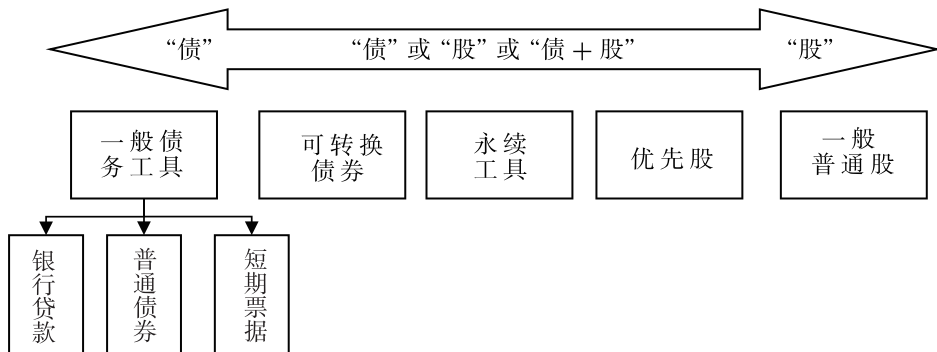
（b）工具持有人是否拥有要求偿付本金和利息的强制权利；

本项因素与第（1）项因素是紧密结合在一起的，如果工具持有人拥有要求发行人偿付本金和利息的强制权利，这显然属于债的特征。

（c）工具持有人的权利是否劣后于（subordinate to）普通债权人的权利；

我们讲，对于证券债和股性质的划分与其持有人的权利的优先顺序密切相关。譬如，对于普通股股东，享有偿付的权利劣后于普通债权人；而优先股股东，则劣后于普通债权人，优先于普通股股东。因此，如果一项金融工具的权利劣后于普通债权人的事实，这使其更接近于“股”的性质。但如果还同时优先于优先股、普通股的事实并不必然足以得出导致其构成“债”的结论。通常，对于金融工具的属性及其混合的一般规则如下图 8－2：

图 8－2：金融工具“债”和“股”特性分布图



（d）工具是否赋予其持有人参与发行人的管理的权利；

我们讲，从公司法有关股权的权利和特征的界定来看，拥有股权的股东的一个典型的权利是参与公司管理、决策的权利。

（e）发行人是否存在资本弱化（thinly capitalized）；

本项因素考虑实质与前述的第 358（b）条款第（3）项要求“公司的债资比例”是一致的。正如我们在“专题 6：公司借款、关联借款及‘统借统还’的税务问题”所述的那样，基于税收之目的，发行人完全可以利用债务工具替代权益工具来获得税收利益。在这种“资本弱化”的情形下，发行的债务工具其本来目的和实质是权益性的，即是说属于资本的投入而非一项“真实的”债务。

（f）发行人的股东和工具持有人是否同一；

发行人的股东和工具持有人的身份关系亦是需要考量的重要因素，如果他们两者具有同一性，则很可能发行的工具具有权益性质。

（g）工具的各方当事人如何认定工具；

毫无疑问，金融工具的当事人（发行人及持有人）对工具的表述和认定是最初的证据，特别是发行人对工具的条款及其性质的认识是最“明白的”，其表述和认定起着重要的参考价值。同时，IRC 第385（c）条款①对发行人对工具划分的效果进行了明确。该条第（1）段规定，“（在发行时）发行人对属于公司股息或债券利息的划分应对该发行人和该利益的所有持有人具有约束力（但不应约束于财政部长）。”同时，第（2）段规定，“除非规章另有规定，第（1）段不得适用于任何利益的持有人，如果该等持有人在他的纳税申报中披露，他按照与第（1）段所述的划分不一致的方式对该等利益进行处理的话。”这样的规定意味着两层涵义：一是，金融工具的当事人对工具的性质的认定并不约束国税局，即国税局有重新定性的权利；二是，工具持有人有权采取与发行人不一致的对工具性质和利息处理的方式。

（h）在包括监管、信用评级或财务会计目的在内的非税收目的下，工具如何被认定为债务或权益。

如前所述，非税收目的上对工具性质的认定也是非常重要的参考因素。譬如，按照GAAP的标准，优先股可能被界定为债务工具，也可能被界定为权益工具。

综上所述，对优先股性质的界定是处理其股息税务处理的前提。如果综合所有因素考虑之后，认定优先股构成债务工具，则其支付的股息构成税法上的利息，可以依法税前扣除；如果认定优先股构成权益工具，则其支付的股息构成税法上的股息，不得税前扣除。

（2）优先股权股息的增值税税务处理

如果优先股被认定为债务工具的，优先股持有人取得的股息应重新定性为利息处理。如前文所述，根据36号文的规定，优先股持有人认购优先股的价款并提供价款的行为应重新定性为提供贷款服务，其取得的利息应视为贷款利息，并按6%的适用税率全额缴纳增值税。

2. 优先股对价对重组所得税税务处理的影响

《管理办法》第二十六条第一款第（二）项明确上市公司可以公开发行优先股作为支付手段收购或吸收合并其他上市公司。《指导意见》第一条和《管理办法》第十三条实际是对优先股的类别的规定。即是说，按是否可以转换为普通股，优先股可以分为“可转换优先股”和“不可转换优先股”。按是否可以

① 26 USC § 358（c）：Effect of classification by issuer.

赎回，优先股可以分为“可赎回优先股”和“不可赎回优先股”。同时，转换权或赎回选择权可以由发行人或优先股股东行使。正是这种可赎回、可转换的优先股可能给59号文带来新的挑战。即是，如果收购方以发行可赎回、可转换优先股作为支付对价时，我们如何界定它是否构成“股权支付”，这直接涉及股东权益是否连续的判定问题。遗憾的是，我国59号文在《指导意见》和《管理办法》之前出台，所以它也就没有考虑前述问题。笔者的建议是，可以借鉴美国联邦税法的经验，如果收购公司使用的对价是“不适格优先股”（“nonqualified preferred stock”），[①] 而换取目标公司的股份不属于不适格优先股的话，则该对价不属于适格对价。[②] 但是，如果两者使用的对价都是不适格优先股的话，收购公司的不适格优先股则构成适格对价。这样规定的原因在于：一是，根据不适格优先股的定义，优先股的持有人有权出售（或发行公司或其关联人有权赎回）该优先股，这样优先股的持有人（重组后的目标公司股东）有权并将很可能处置该优先股，从而实现其内在价值，应当确认收益或损失；二是，收购公司付出的不适格优先股换取了目标公司股东的适格股票，而收购公司赎回或目标公司股东出售该不适格优先股将减少目标公司股东在收购公司或其控股公司的投资利益的持续，这与重组的经济实质理论（股东权益连续规则）的根本要求相违背。

因此，如果发行的优先股属于可赎回的优先股，并且收购公司或目标公司的股东很有可能行使赎回权或回售权，这个时候将不能保证股东权益的连续。实质上，这个时候的可赎回或可回售优先股在实质重于形式原则下，被认定为债务证券而不是权益证券。所以，这种性质的优先股不能视为“股权支付”而应视为“非股权支付”对待。除了可赎回、可回售优先股之外，可转换优先股我们也视为一种嵌入式的衍生金融工具处理，即视为一个看涨期权（“call option”，即投资者可以在某一特定时间或特定期间行使普通股认购选择权）和一份股权进行处理，该可转换优先股的发行价格是否全部可以认定为股权支付对价呢？即，嵌入期权的价值部分是否可以认定为股权支付对价呢？这也是属于我国税法今后需要研究并明确的问题。

---

① See 26 USC §351（g）（2）．“不适格优先股”是指具有如下一个特征的优先股：（1）该优先股持有人有权要求发行公司或其关联人赎回或购买该优先股；（2）该优先股发行公司或其关联人必须赎回或购买该优先股；（3）该优先股发行公司或其关联人有权赎回或购买该优先股，并且从该优先股发行之日起，发行公司或其关联人往往很可能行使这种权利；（4）该优先股的股息率全部或部分地（直接或间接地）参照利息率、商品价格或其他类似指数的变化而变化。

② 26 USC §354（a）（2）（C）（i）．此处的适格对价相当于我国59号文中的股权支付对价。

尽管目前还没有出现上市公司发行优先股作为支付手段对其他上市公司进行收购或吸收合并的实践案例，但这是一个我国税法需要予以明确的领域。同时对于公司律师而言，如果处理这样的并购重组案例，需要考虑这个因素并及时与主管税务机关沟通予以明确。

3. 优先股赎回或回售时，优先股的税务处理

对于优先股赎回或回售时，如何进行税务处理，其原理是一样的。在认定优先股的性质之后；如果属于债务工具，则按照债务工具转让处理；如果发行人或者持有人存在所得的，应依法缴纳所得税。

同时，根据 36 号文的规定，优先股持有人视为转让金融商品（有价证券）业务处理，以卖出价减去买入价后的余额作为应纳税销售额，按照适用税率 6%计缴增值税。

4. 在注销减资或公司清算，优先股的税务处理

类似地，我们依然需要首先界定优先股的税法属性。在此基础上，再按照企业减资、清算的有关所得税法规则进行相应处理即可。

当然，与第 3 点所述类似，还涉及转让金融商品（有价证券）的增值税问题，不再赘述。

三、永续债的概念、法律特征

（一）永续债的概念和法律特征

永续债历史悠久。世界上第一只永续债券起源于 18 世纪的拿破仑时代。当时的英国财政部为筹备英法战争所需要的资金而发行了一只没有到期期限的债券，开创了永续债券的先河。直到今天，英国政府仍在发行永续国债（British Consul Bonds）以满足日常的财政需要。国际市场上永续债券的大规模发行则主要集中在最近十年内。

永续债（perpetual bond）也称无期债券，指的是不规定到期期限，债权人不能要求清偿，但可按期取得利息的一种有价证券。在国际上永续债券作为混合债务工具的一种，介于传统债务工具和股票之间，集两者的主要优势于一身，发行永续债券的主要目的是扩充中长期资金需求，有助于提高资本比率，降低资产负债率。永续债可以作为权益工具进行处理，其偿还顺序与公司股票一致，低于一般债券，从而既提高股本水平又不摊薄股东权益。

永续债的主要作用在于如下几点：1. 降低发行人公司的负债率，美化财务报表；2. 增加公司现金流（融资功能）；3. 在资金用途上比开发贷款或者传统

的债券融资更灵活；4. 增加了再融资能力，降低了再融资的成本。

（二）永续债的主要特点

1. 长期性或永续性

永续债作为一种对利率风险非常敏感的具有超长久期的债券，为市场提供了一种方便调节组合久期的工具。如果投资者希望延长投资组合的久期，可以通过购买永续债达到灵活调整的目标。

2. 具有一定权益属性的债务工具

永续债券又被称为“债券中的股票”。从国际实践来看，银行等金融企业一般将永续债视做可计入非核心一级资本的混合资本工具；非金融企业发行的永续债在满足一定条件下可以在财务报表中体现为权益工具而非债务工具。虽然永续债具有一定的权益属性，但是其投资者并不能像普通股股东一样参与企业经营管理和利润分配。永续债券持有者除公司破产等原因外，一般不能要求公司偿还本金，而只能定期获取利息，因而也被市场称为“最彻底的公司债”。如果发行方出现破产重组等情形，从债务偿还顺序来看，大部分永续债券偿还顺序在一般债券之后普通股之前。

3. 附加赎回及利率调整条款

大多数永续债均设有赎回或利率调整条款。首次赎回期一般设定在发行5年后。伴随赎回条款通常会设置利率调整条款，以应对赎回日后永续债未被赎回的情形。利率调整条款一般有两种形式：第一种是将固定利率调整为浮动利率，浮动利率基准通常参考LIBOR等；第二种是设置票息率“跳升”机制。永续债券的票息通常较高，主要分布在6%－9%之间。永续债的高票息使其颇具吸引力。

四、永续债的财税处理

在2013年度，我国国内市场开始尝试永续债发行。譬如，我国首单可续期企业债券——“13武汉地铁可续期债”[①] 于2013年10月25日获国家发改委批复，并于2013年10月28日发行，以及前述的国电电力2013年度的“13国电MTN001”等，其会计和税务处理，发行时尚存较大争议。直至2014年3月17

① 笔者注：“13武汉地铁可续期债”实质上是国家发改委审批发行的企业债券。“13武汉地铁可续期债”发行总额23亿元，采用浮动利率形式，规定在本期债券每5个计息年度末，发行人有权选择将本期债券期限延续5年，或选择在该计息年度末到期全额兑付本期债券。该债券可认为是一种变相的永续债券。

日，财政部颁布了财会［2014］13 号文，对永续债、优先股等混合型金融工具的会计处理才有了明确的规定。但从税务处理来看，我国对永续债、优先股的政策尚不明晰。

（一）永续债的会计处理——符合条件的永续债可计入权益工具

13 号文定义的“权益工具”是指能证明拥有某个企业在扣除所有负债后的资产中剩余权益的合同。同时满足下列条件的，发行方应当将发行的金融工具分类为权益工具：

1. 该金融工具不包括交付现金或其他金融资产给其他方，或在潜在不利条件下与其他方交换金融资产或金融负债的合同义务（实质是“无条件避免交付现金或其他金融资产的合同义务”）；

2. 将来须用或可用企业自身权益工具结算该金融工具的，如该金融工具为非衍生工具，不包括交付可变数量的自身权益工具进行结算的合同义务；如为衍生工具，企业只能通过以固定数量的自身权益工具交换固定金额的现金或其他金融资产结算该金融工具［实质是“以交付固定数量的自身权益工具结算固定金额”（“固定对固定”原则）］。

主要账务处理规则如下：

1. 如果发行方发行的金融工具归类为权益工具的，应按实际收到的金额，借记“银行存款”或“存放中央银行款项”等科目，贷记“其他权益工具——优先股、永续债等”科目；

2. 分类为权益工具的金融工具，在存续期间分派股利（含分类为权益工具的工具所产生的利息，下同）的，作为利润分配处理。发行方应根据经批准的股利分配方案，按应分配给金融工具持有者的股利金额，借记“利润分配——应付优先股股利、应付永续债利息等”科目，贷记“应付股利——优先股股利、永续债利息等”科目。

（二）永续债的税务处理

1. 企业所得税——符合条件的永续债利息可税前扣除

对于永续债，由于其发行对象为全国银行间债券市场的机构投资者，所以，我们一般会考虑适用国家税务总局于 2013 年 7 月 15 日发布的《国家税务总局关于企业混合性投资业务企业所得税处理问题的公告》（国家税务总局公告 2013 年第 41 号，下称“41 号公告”）的相关规定。如果满足 41 号公告规定条件的混合性投资业务，则应被认定为债务工具，被投资企业支付给投资者的利

息具备税前抵扣的作用。

根据41号公告第一条的规定："企业混合性投资业务，是指兼具权益和债权双重特性的投资业务。同时符合下列条件的混合性投资业务，按本公告进行企业所得税处理：（一）被投资企业接受投资后，需要按投资合同或协议约定的利率定期支付利息（或定期支付保底利息、固定利润、固定股息，下同）；（二）有明确的投资期限或特定的投资条件，并在投资期满或者满足特定投资条件后，被投资企业需要赎回投资或偿还本金；（三）投资企业对被投资企业净资产不拥有所有权；（四）投资企业不具有选举权和被选举权；（五）投资企业不参与被投资企业日常生产经营活动。"因此，如果发行永续债满足前述条件的话，则根据41号公告第二条的规定："符合本公告第一条规定的混合性投资业务，按下列规定进行企业所得税处理：（一）对于被投资企业支付的利息，投资企业应于被投资企业应付利息的日期，确认收入的实现并计入当期应纳税所得额；被投资企业应于应付利息的日期，确认利息支出，并按税法和《国家税务总局关于企业所得税若干问题的公告》（2011年第34号）第一条的规定，进行税前扣除。（二）对于被投资企业赎回的投资，投资双方应于赎回时将赎价与投资成本之间的差额确认为债务重组损益，分别计入当期应纳税所得额。"

需要说明的是，如果永续债的发行条款的约定不能完全满足41号公告第一条对混合性投资业务的条件的规定，而会计上又按照权益工具进行核算处理的话，则税法上可考虑按照税后利润分配进行处理，支付的利息应视为股息分配处理，并不具有税前扣除的效应。当然，归根结底其判断因素的考量与优先股部分介绍的内容基本一致，不再赘述。

鉴于这块业务实践中尚存争议，所以应及时地与主管税务机构进行沟通。

2. 增值税

根据36号文的规定，纳税人从事金融商品（有价证券）转让业务应以卖出价减去买入价后的余额作为应纳税销售额，缴纳增值税。同时，持有期间取得的利息以取金额作为应纳税销售额，缴纳增值税。同时，持有期间取得的利息以取得金额作为应纳税销售额，缴纳增值税。

3. 印花税

根据《中华人民共和国印花税暂行条例》及其实施细则的规定，在我国境内买卖、继承、赠与、交换、分割等所书立的产权转移书据，均应缴纳印花税。但对中期票据在银行间市场进行的交易，我国目前还没有有关的具体规定。因此，截至目前，实务界一般认为投资者买卖、赠与或继承中期票据而书立转让

书据时，应不需要缴纳印花税。但是否如此，尚存争议，所以应及时地与主管税务机构进行沟通。

【案例8－2】国电电力（600795）年发行“13国电MTN001”永续中票——财税处理评析

根据国电电力募集说明书的披露，国电电力发行的“13国电MTN001”的主要发行条款及分析如下：

条款	条款具体约定与分析
中期票据名称	国电电力发展股份有限公司2013年度第一期中期票据 【分析】：尽管名称是中期票，但根据后面期限、利息条款的分析，其实质是“永续债”。
发行人全称	国电电力发展股份有限公司
待偿还债务融资工具余额	截至募集说明书签署日，发行人及其下属子公司各种中期票据、债券余额合计300.97亿元
接受注册通知书文号	中国银行间市场交易商协会《接受注册通知书》（中市协注［2013］MTN258号） 【分析】：永续债实际是长久期带权的中期票，属于银行间市场交易商协会采用注册制管理。
注册总额度	27亿元
本期发行金额	10亿元 【分析】：根据NAFMII指引0001的规定，注册有效期为2年。企业在注册有效期内可一次发行或分期发行，企业应在注册后2个月内完成首期发行。企业如分期发行，后续发行应提前2个工作日向交易商协会备案。
中期票据期限	于发行人依照发行条款的约定赎回之前长期存续，并在发行人依照发行条款的约定赎回时到期 【分析】：长期存续，具有“长久期”，符合“永续债”的基本特征
中期票据面值	100元
发行价格	按面值平价发行，发行价格为100元
发行对象	全国银行间债券市场的机构投资者（国家法律、法规禁止购买者除外）
发行首日/簿记建档日	2013年12月18日

续 表

利率确定方式	本期中期票据采用固定利率计息； –本期中期票据前5个计息年度的票面利率将通过簿记建档、集中配售方式确定，在前5个计息年度内保持不变。自第6个计息年度起，每5年重置一次票面利率； –前5个计息年度的票面利率为初始基准利率加上初始利差，其中初始基准利率为簿记建档日前5个工作日中国债券信息网（www. chinabond. com. cn）（或中央国债登记结算有限责任公司认可的其他网站）公布的中债银行间固定利率国债收益率曲线中，待偿期为5年的国债收益率算术平均值（四舍五入计算到0. 01%）；初始利差为票面利率与初始基准利率之间的差值； –如果发行人不行使赎回权，则从第6个计息年度开始票面利率调整为当期基准利率加上初始利差再加上300个基点，在第6个计息年度至第10个计息年度内保持不变。当期基准利率为票面利率重置日前5个工作日中国债券信息网（www. chinabond. com. cn）（或中央国债登记结算有限责任公司认可的其他网站）公布的中债银行间固定利率国债收益率曲线中，待偿期为5年的国债收益率算术平均值（四舍五入计算到0. 01%）。此后每5年重置票面利率以当期基准利率加上初始利差再加上300个基点确定； –票面利率公式为：当期票面利率 = 当期基准利率 + 初始利差 +300BPs； –如果未来因宏观经济及政策变化等因素影响导致当期基准利率在利率重置日不可得，票面利率将采用票面利率重置日之前一期基准利率加上初始利差再加上300个基点确定。 【分析】：附利率跳升机制的固定股息率
起息日	2013年12月20日
付息日	自发行日起，每年的12月20日（如遇法定节假日，则顺延至下一工作日）
付息方式	本期中期票据每个付息日前5个工作日，由发行人按照有关规定在主管部门指定的信息披露媒体上刊登《付息公告》，并在付息日按票面利率由上海清算所代理完成付息工作；如发行人决定递延支付利息的，发行人及相关中介机构应在付息日前5个工作日披露《递延支付利息公告》 【分析】：发行人具有按照约定支付交付现金的合同义务，需分析是否可以无条件地避免。

续 表

强制付息事件	付息日前12个月内，发生以下事件的，发行人不得递延当期利息以及按照本条款已经递延的所有利息及其孳息：（1）向普通股股东分红；（2）减少注册资本 【分析】：尽管公司在向普通股股东进行了分红就需支付优先股的股息，但对普通股的股利支付是自主决定的，进而对中票的利息支付也是自主决定的。公司减少注册资本时须向支付利息的义务是否构成或有结算事项取决于公司是否能控制减资事项，由于减资需要公司股东大会同意，因此属于公司控制的范围。减少注册资本不是或有结算事项，进而也就不形成公司的合同义务。
递延支付利息条款	除非发生强制付息事件，本期中期票据的每个付息日，发行人可自行选择将当期利息以及按照本条款已经递延的所有利息及其孳息推迟至下一个付息日支付，且不受到任何递延支付利息次数的限制；前述利息递延不构成发行人未能按照约定足额支付利息。每笔递延利息在递延期间应按当期票面利率累计计息 【分析】：利息累积，但是公司可以无限期地递延且没有任何支付被递延的利息的合同义务，只要可以自主决定是否支付，经济压力本身并不会导致一项金融工具被划分为负债。
利息递延下的限制事项	发行人有递延支付利息的情形时，直至已递延利息及其孳息全部清偿完毕，不得从事下列行为：（1）向普通股股东分红；（2）减少注册资本 【分析】：属于与永续债递延利息支付相联结的合同条款中的“股利制动机制”。
赎回权	于本期中期票据第5个和其后每个付息日，发行人有权按面值加应付利息（包括所有递延支付的利息）赎回本期中期票据 【分析】：赎回权决定了永续债的发行期限属于“5+N”机制。同时，条款约定仅发行方有权选择赎回，不构成合同义务；赎回选择权的行权价格与摊余成本大致相等，即与主合同紧密相关，无需分拆。
赎回方式	如在前述赎回权条款规定的时间，发行人决定行使赎回权，则于赎回日前一个月，由发行人按照有关规定在主管部门指定的信息披露媒体上刊登《提前赎回公告》，并由上海清算所代理完成赎回工作
偿付顺序	本期中期票据的本金和利息在破产清算时的清偿顺序等同于发行人所有其他待偿还债务融资工具 【分析】：只有在发行人清算时才需要对永续债进行结算，不影响构成权益工具的判断

续 表

担保情况	本期中期票据无担保
信用评级结果	经大公国际综合评定，发行人的主体长期信用级别为AAA，本期中期票据的信用级别为AAA

一、会计处理

【结论】虽然利息累积，但发行人可自行选择将当期利息以及已经递延的所有利息及其孳息推迟至下一个付息日支付，且不受到任何递延支付利息次数的限制；利息递延不构成发行人未能按照约定足额支付利息，即不构成公司违约。另外无强制性回售条款，而是公司有权选择赎回。

尽管公司在向普通股股东进行了分红就需支付优先股的股息，但对普通股的股利支付是自主决定的，进而对中票的利息支付也是自主决定的。

公司减少注册资本时须支付利息的义务是否构成或有结算事项取决于公司是否能控制减资事项，由于减资需要公司股东大会同意，因此属于公司控制的范围。减少注册资本不是或有结算事项，进而也就不形成公司的合同义务。

由于永续中票中没有任何支付利息的合同义务且没有义务偿还本金，也不存在或有结算事项。即公司没有交付现金或其他金融资产或交换金融资产或金融负债结算的合同义务。另外，没有转股条款，即无须用企业自身权益工具结算。因此，该永续中票属于一项权益工具。

【评注】国电电力在2013年末资产负债表中将发行本期永续中票所募集资金在扣除发行费用后计入“资本公积”科目。其会计处理是在2014年3月17日《金融负债与权益工具的区分及相关会计处理规定》（财会［2014］13号）出台之前进行的处理，而根据财会［2014］13号文的规定，“本规定发布前企业对金融工具的处理与本规定不一致的，应当采用追溯调整法。”因此，财会［2014］13号文并不改变对该永续中票计入权益工具的基本判断，但在后期编制财务报告时，应进行必要的调整，将永续中票由“资本公积”调整至“其他权益工具——永续债”科目并进行相应的列报，并相应地修正前期比较数据的列报和披露方式。

二、税务处理

根据41号公告的相关规定，本永续中票在会计处理上划分为权益工具，同时其并不完全满足41号公告第一条界定为债务工具的条件：

1. 附利率跳升机制的固定股息率，但发行人可以自行选择将当期利息以及按照本条款已经递延的所有利息及其孳息推迟至下一个付息日支付，且不受到

任何递延支付利息次数的限制，因此不符合41号公告第1条第1项规定的“定期支付”其“固定”或“保底”的要求；

2. 发行人具有赎回选择权。因此，并不构成41号公告第1条第2项规定的“在投资期满或者满足特定投资条件后，被投资企业需要赎回投资或偿还本金”要求；

3. 投资者对发行人的净资产不拥有所有权，符合41号公告第1条第3项规定；

4. 投资者不具有选举权和被选举权，符合41号公告第1条第4项规定；

5. 投资者不参与被投资企业日常生产经营活动，符合41号公告第1条第5项规定。

因此，笔者认为，本永续中票应界定为权益工具，发行人支付利息应视为税后利润分配而不得税前扣除。

专题9：混合性投资业务的税务问题

内容概览

随着公司法修订以及金融工具创新的发展，实践中，越来越多的新投资工具（金融工具）不断出现，它们都具有一种共同的特征就是兼具权益性投资和债权性投资的混合属性，这对传统的公司法、会计法以及税法制度提出了“挑战”。如何对这些混合性投资业务进行税务处理也是税法领域亟待明确的事项。2013年7月15日，国家税务总局颁布了《关于企业混合性投资业务企业所得税处理问题的公告》（国家税务总局公告2013年第41号）对实践中一些具备特定条件的混合性投资业务企业所得税处理进行了部分明确。同时，财税［2016］36号文对试点纳税人的增值税问题进行了明确。本专题包含如下内容：

■ 41号公告的适用范围——混合性投资业务的概念

■ 适用41号公告企业所得税税务处理的前提条件

■ 41号公告的企业所得税税务处理

■ “假股权真债权”投资业务（股权信托）如何适用41号公告

■ 混合性投资业务的增值税问题

一、41号公告的适用范围——混合性投资业务的概念

2013年7月15日，国家税务总局颁布了《关于企业混合性投资业务企业所得税处理问题的公告》（国家税务总局公告2013年第41号，下称“41号公告”），该公告自2013年9月1日起执行。一时之间，对什么是“混合性投资业务”的讨论纷纷而来。有人认为，41号公告针对的是混合性金融工具的所得税处理原则，也有人认为该文仅仅针对的是目前房地产行业比较流行的私募基金或信托公司以股权投资形式入股房地产项目，但实际收取固定回报，期满后项目公司或其股东回购股权的业务模式（这即是业界通称的“假股权真债权”）的所得税处理原则。

根据41号公告第一条的规定，企业混合性投资业务，是指兼具权益和债权

双重特性的投资业务。这一原则性的规定是明确的。国家税务总局对41号公告的“混合性投资业务”解读为：“近年来，随着我国金融工具交易和金融产品创新快速发展，出现了许多既具有传统业务特征，同时有别于传统业务的创新业务”、“鉴于混合性投资业务作为企业一项创新投资业务，已被许多企业大量运用。尤其是信托公司，开展此类投资业务甚多”、“混合性投资业务是指兼具权益性投资和债权性投资双重特征的投资业务。”从总局的解释来看，该文并非专门针对前述的房地产项目的“假股权真债权”的业务，而称之为金融工具和金融创新业务。所以，笔者认为，该文件或许出台的初衷是“假股权真债权”业务，但却具有一定的前瞻性。

在实践中，兼具权益和债权双重特征的投资业务众多，主要包括股权信托投资、优先股、可转换债券、永续债等。那些这些混合型金融工具是否属于41号公告规范的“混合性投资业务”呢？笔者认为，尽管41号公告出台的目的本是为了统一此类“混合性投资业务”的企业所得税政策，却因为其适用范围的不明确而导致更大的争议。笔者认为，不论是否属于“假股权真债权”信托投资或是优先股、可转换债、永续债等，只要满足“兼具权益性投资和债权性投资双重特征的投资业务”的基本特征，是否适用其规定的税务处理，需要按照适用的五个前提条件去具体分析。

二、适用41号公告企业所得税税务处理的前提条件

根据41号公告第一条的规定，同时符合下列条件的混合性投资业务才能按照本公告进行企业所得税处理：

（a）被投资企业接受投资后，需要按投资合同或协议约定的利率定期支付利息包括定期支付保底利息、固定利润、固定股息等；

（b）有明确的投资期限或特定的投资条件，并在投资期满或者满足特定投资条件后，被投资企业需要赎回投资或偿还本金；

（c）投资企业对被投资企业净资产不拥有所有权；

（d）投资企业不具有选举权和被选举权；

（e）投资企业不参与被投资企业日常生产经营活动。

国税总局对上述五个条件的解读分析如下：

1. 对于上述第（a）项条件，是指此类投资回报不与被投资企业的经营业绩挂钩，不是按企业的投资效益进行分配，也不是按投资者的股份份额取得回报。投资者没有或很少承担投资风险的一种投资，实际为企业一种融资形式。

2. 对于上述第（b）项条件，是指有明确的投资期限或特定的投资条件，并在投资期满或者满足特定投资条件后，被投资企业应当偿还本金或按投资合同或协议约定的价格赎回投资。也就是说，投资期限无论是否届满，只要合同或协议约定的、需要由被投资企业偿还本金或赎回投资的条件已经满足，被投资企业必须偿还本金或赎回投资。被投资企业偿还本金或赎回投资后，作减资处理。

3. 对于上述第（c）项条件，是指被投资企业如果依法停止生产经营活动需要清算的，投资企业的投资额可以按债权进行优先清偿，但对被投资企业净资产不能按投资份额拥有所有权。

4. 对于上述第（d）项条件，是指投资企业不具有选举权和被选举权。被投资企业在选举董事会、监事会成员时，投资企业不能按持股份比例进行表决或被选为成员。

5. 对于上述第（e）项条件，是指不参与被投资企业日常生产经营活动。但是，投资资金如果指定了专门用途的，投资方企业可以监督其资金运用情况。

从上述分析来看，41 号公告主要针对的是“假股权真债权”业务，该业务通过形式上的股权投资而行使真实的“融资”功能。但实践中符合 41 号公告规定的“混合性投资业务”并不多见。信托或基金股权投资的所谓的“名股实债”并不完全等同于 41 号公告所称的“混合性投资”。譬如，实务中，信托公司采用“名股实债”的投资方式时，很少约定“混合性投资”要求的“投资期满或者满足特定投资条件后，被投资企业需要赎回投资或偿还本金”的方式来收回投资，更常见的是约定由被投资方的股东回购信托股权，如“平安信托入股葛洲坝房地产公司股权”约定由其股东葛洲坝集团回购、“中铁信托入股青岛中南世纪城股权”约定由其股东的母公司中南建设回购。而且，投资协议中也可以通过约定由被投资企业的股东溢价回购的方式来获取“利息”（利息等于投资成本价与溢价回购价的差额）。

此外，“名股实债”这种投资方式设计的初衷，可能更多的是着眼于投资的风险控制和满足房地产开发企业对于自有资金的比例要求等，而非主要基于税务目的。投资方寄希望于通过投资后对被投资企业的制约（如对特定事项的表决权或否决权）和监管（如向被投资企业派驻管理公章和财务章的监管人员）来降低项目投资的风险。因此，大量的名股实债投资方式都有关于投资方表决权和投资方对被投资企业日常监管的规定。这也使得实务中的大多数名股实债投资行为可能很少能满足 41 号公告有关“混合性投资”的要件。因此，41 号

公告规定的“混合性投资”，仅仅是“名股实债”投资方式中的一种情形，两者并不完全等同，在实践中很少有完全满足条件的。笔者将在后文第四部分通过一个实践案例来详细分析两者之间的差异。

【疑难问题9－1】：优先股是否属于41号公告规范的“混合性投资业务”？

根据前文所述，《国务院关于开展优先股试点的指导意见》（国发［2013］46号，下称“《指导意见》”）第三条第（十六）项的规定并非对优先股股息、红利所得的税法定性。

另外，41号公告出台的时间是2013年7月15日，施行时间是2013年9月日。其施行时，《指导意见》还没有出台，其颁布时间是2013年11月30日。同时，《优先股试点管理办法》（证监会令第97号，下称《管理办法》）颁布实施时间是2014年3月21日。所以，41号公告并不是针对优先股（特别是可转换优先股）出台的。可转换优先股是指允许优先股持有人在特定条件下把优先股转换成为一定数额的普通股的一种金融工具。从法律属性上看，可转换优先股既具有最基本的股权属性，又具有明显的债权特征，因此被称为“混合证券”。显然可转换优先股属于典型的“混合性投资业务”。令人遗憾的是，41号公告有关按其进行税务处理的条件并非完全适用于优先股，原因如下：

1. 就第一个条件，这跟优先股的具有债权属性是相吻合的；

2. 就第二个条件，按照《指导意见》和《管理办法》的规定，优先股显然不存在投资期限的问题，除非因赎回或转换条款生效而消灭。41号公告使用的是“有明确的投资期限或特定的投资条件，并在投资期满或者满足特定投资条件后，被投资企业需要赎回投资或偿还本金”，所以，尽管优先股发行时并没有明确的投资期限，但是，如果发行的是可赎回优先股的话，则在“满足特定投资条件后”（也可理解为满足特定的赎回条件后）“被投资企业需要赎回投资或偿还本金”。因此，优先股是可能满足第二个条件的；

3. 就第三个条件，《指导意见》和《管理办法》规定优先股具有优先分配剩余财产的权利。即是说，公司因解散、破产等原因进行清算时，公司财产在按照公司法和破产法有关规定进行清偿后的剩余财产，应当优先向优先股股东支付未派发的股息和公司章程约定的清算金额，不足以支付的按照优先股股东持股比例分配。将该规定与41号公告所述的“投资企业对被投资企业净资产不拥有所有权”的条件相比较，所谓对被投资企业净资产不拥有所有权一般是指对被投资企业的剩余财产不拥有索取权（“剩余财产索取权”），从此意义上讲，《指导意见》和《管理办法》所规定的优先股并不符合41号公告的要求；

4. 就第四个条件，这跟不具有表决权的优先股的特征是一致的。但是，优先股有时候也会具有有限的表决权（“类别股表决权”或者表决权的恢复）。同时，41 号公告使用了“选举权和被选举权”是指对被投资企业的股东会、董事会的选举权的意思，实质是一样的。所以，41 号公告的规定将排除那些具有有限表决权的优先股，并非完全吻合；

5. 就第五个条件，“投资企业不参与被投资企业日常生产经营活动”这与优先股的基本特征是吻合的。

综上，笔者认为，优先股不能适用41 号公告的根本原因在于“剩余财产索取权”，当然是否具有“表决权”也是非常重要的因素，但不是必然因素。

【疑难问题 9－2】：可转换债、永续债是否属于41 号公告规范的“混合性投资业务”？

1. 可转换债券是一种公司债券，它赋予持有人在发债后一定时间内，可依据本身的自由意志，选择是否依约定的条件将持有的债券转换为发行公司的股票或者另外一家公司股票的权利。可转换公司债券首先是一种公司债券，是固定收益证券，具有确定的债券期限和定期息率，并为可转换公司债券投资者提供了稳定利息收入和还本保证，因此可转换公司债券具有较充分的债权性质。同时，可转换公司债券为投资者提供了转换成股票的权利，这种权利具有选择权的含义，也就是投资者既可以行使转换权，将可转换公司债券转换成股票，也可以放弃这种转换权，持有债券到期。也就是说，可转换公司债券包含了股票买入期权的特征，投资者通过持有可转换公司债券可以获得股票上涨的收益。因此，可转换公司债券是股票期权的衍生，往往将其看作为期权类的二级金融衍生产品。所以，可转换公司债券也属于典型的“混合性投资业务”。但是，我们也注意到，对可转换公司债的税务处理基本是统一的（参见本书“专题 7：债券、可转换（可交换）债券的税务问题”）。鉴于可转换债券在转换前是债权性投资，转换后是权益性投资，可转换债通常并不属于41 号公告规范的混合性投资业务。

2. 永续债也称无期债券，指的是不规定到期期限，债权人不能要求清偿，但可按期取得利息的一种有价证券。在国际上永续债券作为混合债务工具的一种，介于传统债务工具和股票之间，永续债可以作为权益工具进行处理，如果发行方出现破产重组等情形，从债务偿还顺序来看，大部分永续债券偿还顺序在一般债券之后普通股之前。从41 号公告规定的五个条件来分析，永续债显然通常不能满足条件：

（1）永续债如果具有附利率跳升机制的固定股息率，发行人可以自行选择将当期利息以及按照其条款已经递延的所有利息及其孳息推迟至下一个付息日支付，且不受到任何递延支付利息次数的限制，因此不符合41号公告第一条第（一）项规定的“定期支付”其“固定”或“保底”的要求；

（2）永债券不具有到期期限，且发行人仅具有赎回选择权或者持有人不具有回售权的，则并不构成41号公告第一条第（二）项规定的“在投资期满或者满足特定投资条件后，被投资企业需要赎回投资或偿还本金”要求；

（3）投资者对发行人的净资产不拥有所有权，符合41号公告第一条第（三）项规定；

（4）投资者不具有选举权和被选举权，符合41号公告第一条第（四）项规定；

（5）投资者不参与被投资企业日常生产经营活动，符合41号公告第一条第（五）项规定。

综上，笔者认为，就大多数永续债而言，一般会被界定为权益工具，不能适用41号公告，发行人支付利息应视为税后利润分配而不得税前扣除。

三、41号公告的企业所得税税务处理

41号公告第二条规定：“符合本公告第一条规定的混合性投资业务，按下列规定进行企业所得税处理：（一）对于被投资企业支付的利息，投资企业应于被投资企业应付利息的日期，确认收入的实现并计入当期应纳税所得额；被投资企业应于应付利息的日期，确认利息支出，并按税法和《国家税务总局关于企业所得税若干问题的公告》（2011年第34号）第一条的规定，进行税前扣除。（二）对于被投资企业赎回的投资，投资双方应于赎回时将赎价与投资成本之间的差额确认为债务重组损益，分别计入当期应纳税所得额。”

上述规定实际针对符合公告第一条规定条件的混合性投资业务，对投资企业获得收益的两个途径进行了分别规定。第（一）项规定的是利息收入，注意此处的利息收入属于广义的概念，如第一条第（一）项的解释，包括定期支付保底利息、固定利润、固定股息等；第（二）项规定的是投资赎回时，赎回价与投资成本之间的差额按照债务重组损益进行处理。下面我们分别详细阐述这两个规定：

（一）利息所得按照34号公告第一条的规定处理

《国家税务总局关于企业所得税若干问题的公告》（国家税务总局公告2011

年第34号，下称“34号公告”）第一条“关于金融企业同期同类贷款利率确定问题”规定：“根据《实施条例》第三十八条规定，非金融企业向非金融企业借款的利息支出，不超过按照金融企业同期同类贷款利率计算的数额的部分，准予税前扣除。鉴于目前我国对金融企业利率要求的具体情况，企业在按照合同要求首次支付利息并进行税前扣除时，应提供‘金融企业的同期同类贷款利率情况说明’，以证明其利息支出的合理性。

‘金融企业的同期同类贷款利率情况说明’中，应包括在签订该借款合同当时，本省任何一家金融企业提供同期同类贷款利率情况。该金融企业应为经政府有关部门批准成立的可以从事贷款业务的企业，包括银行、财务公司、信托公司等金融机构。‘同期同类贷款利率’是指在贷款期限、贷款金额、贷款担保以及企业信誉等条件基本相同下，金融企业提供贷款的利率。既可以是金融企业公布的同期同类平均利率，也可以是金融企业对某些企业提供的实际贷款利率。”

前文已经讨论过确定金融企业同期同类贷款利率确定的问题，实质就是按照债权性的利息在进行所得税前扣除处理，即将符合条件的混合性投资业务按“债权投资业务”进行税务处理。国家税务总局对此解读到：“混合性投资业务是指兼具权益性投资和债权性投资双重特征的投资业务。现行企业所得税制对此类投资业务取得回报的税务处理是不同的。权益性投资取得回报，一般体现为股息收入，按照规定可以免征企业所得税；同时，被投资企业支付的股息不能作为费用在税前扣除；债权性投资取得回报为利息收入，按照规定应当缴纳企业所得税；同时，被投资企业支付的利息也准予在税前扣除。由于混合性投资业务兼具权益性投资和债权性投资双重特征，需要统一此类投资业务政策执行口径。因此，鉴于混合性投资业务的特点，《公告》将此类投资业务，归属于债权投资业务，并要求按照债权投资业务进行企业所得税处理。”

（二）赎回投资按照债务重组损益处理

从41号公告第二条第（二）项的规定来看，在符合条件的混合性投资业务中，“被投资企业赎回的投资”行为，“投资双方”按照债务重组进行处理。国家税务总局对此解读到：“投资期满或满足特定条件后，由被投资企业按投资合同或协议约定价格赎回的，应区分下列情况分别进行处理：（一）当实际赎价高于投资成本时，投资企业应将赎价与投资成本之间的差额，在赎回时确认为债务重组收益，并计入当期应纳税所得额；被投资企业应将赎价与投资成本之间的差额，在赎回当期确认为债务重组损失，并准予在税前扣除。（二）当实际赎价低于投资成本时，投资企业应将赎价与投资成本之间的差额，在赎回当期按

规定确认为债务重组损失，并准予在税前扣除；被投资企业应将赎价与投资成本之间的差额，在赎回当期确认为债务重组收益，并计入当期应纳税所得额。”

可以发现，国税总局的解读正是基于债权性投资的处理原则来处理赎回投资的行为。但是，这与我们通常意义上的《债务重组会计准则》和59号文所规定的债务重组的概念并不相同。后两者所规定的债务重组具有两个前提条件，即债务人发生财务困难和债权人作出让步。但是，41号公告所规定的赎回投资的行为与之并不相同。区别在于，首先赎回条件在投资之初就已经达成协议，其次通常情况都是赎回的价格高于投资成本，最低也是等于投资成本，绝无低于投资成本的情况，否则投资时就知道要低价赎回，谁还会投资？所以，这就导致是否可以按照《国家税务总局企业资产损失所得税税前扣除管理办法》（国家税务总局公告2011年第25号）确认债务重组损失税前扣除，没有明确的规定。

同时，需要特别关注的是，对于被投资企业赎回投资的行为，实质是公司回购自身的股权或股份的行为，需要做减资处理。按照《公司法》的规定，对于有限责任公司，第七十四条规定，只有公司五年连续盈利并符合分配条件而连续五年不分红、公司合并、分立转让主要财产的以及经营期届满或其他解散事由出现而修订章程存续三种情形下，异议股东有权请求公司回购其股权；对于股份有限公司，第一百四十二条规定，公司可以在四种情形下回购自身股份，其中就包括减少公司注册资本的情形。对于股份有限公司而言，回购自身股份减少注册资本不成为问题。但是，在实践中，采取接受混合性投资的被投资企业大多属于有限责任公司，而如果不满足《公司法》第七十四条规定的三种情形的话，公司不得回购自身股份。实务中的房地产项目中的信托股权投资一般针对的是有限责任公司，则赎回股权并减资无法顺利进行，并且即使能减资，但基于减资程序的复杂性和时间性要求，实践中采用的一般都是由公司的其他股东（通常是控股股东）回购该等股权来处理，这显然将不满足41号公告的条件。

【疑难问题9－3】：41号公告“赎回价差”与适用于减资的34号公告如何协调关系？

41号公告出台后，有专家和学者提出，41号公告有关“赎回价差”的税务处理规则与《国家税务总局关于企业所得税若干问题的公告》（国家税务总局2011年第34号）存在“冲突”。根据34号公告的规定：“投资企业从被投资企业撤回或减少投资，其取得的资产中，相当于初始出资的部分，应确认为投资收回；相当于被投资企业累计未分配利润和累计盈余公积按减少实收资本比例计算的部分，应确认为股息所得；其余部分确认为投资资产转让所得”。笔者认

为，41 号公告要规范的是形式上是股权投资但实质是债权投资的混合性投资业务，与正常的股权投资业务中发生的回购股权减资实质上并不相同，这属于一种特殊性投资业务的税务处理的特别规定，两者并不存在冲突。

四、“假股权真债权”投资业务（股权信托）如何适用 41 号公告

按照 41 号公告的规定，要适用其有关企业所得税的税务处理规定必须满足五个前提条件，其中之一就是“有明确的投资期限或特定的投资条件，并在投资期满或者满足特定投资条件后，被投资企业需要赎回投资或偿还本金。”事实上，实务中的房地产股权信托融资计划对于其他四个条件基本都能满足，但唯独这个条件很多都不满足，因为这些“假股权真债权”的股权信托融资计划采取的方式一般都是被增资的房地产项目公司的控股股东自身或其控股股东进行回购，或者两者联合回购。譬如，在“平安信托入股葛洲坝房地产公司”中，采用的就是由其股东葛洲坝集团回购；在“中铁信托入股青岛中南世纪城”中，采用的就是由其股东的母公司中南建设回购；在“北京国际信托入股泛海东风”中，采用的就是其股东泛海建设与泛海建设的大股东一起回购。但是，按照 41 号文的上述条件的规定，这个时候的“赎回”实质是被投资的房地产项目公司回购自身股权，前述这些实践案例都属于股东或其股东的股东单独或联合进行股权受让（即公告所称的“回购”），这并不属于公司法和 41 号公告所称的真正意义的股份回购。所以，这些案例无一例外都将不能适用 41 号公告。为什么要这么处理呢？下面我们以一个实际案例来说明“假股权真债权”的股权信托融资计划是否可以适用 41 号公告。

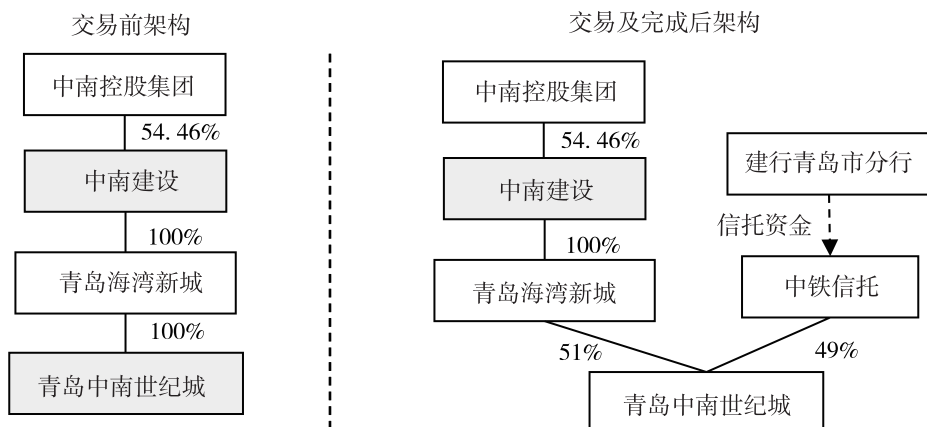
【例 9 – 1】中南建设（000961）股权信托融资案是否适用 41 号公告

2010 年 7 月 5 日，江苏中南建设集团股份有限公司（下称“中南建设”）发布公告《关于公司全资子公司青岛海湾新城、青岛中南世纪城与中铁信托签订〈青岛中南世纪城增资协议〉及公司与中铁信托签订〈股权收购协议〉等相关事项的公告》。根据该公告披露，中南建设的全资子公司青岛中南世纪城房地产业投资有限公司（下称“青岛中南世纪城”）信托股权增资及股权收购协议等相关事项的主要内容如下：

一、中南建设股权架构介绍

中南建设系青岛海湾新城房地产开发有限公司（下称“青岛海湾新城”）的 100% 控股母公司，青岛海湾新城持有青岛中南世纪城 100% 的股权。中南控股集团有限公司（下称“中南控股集团”）为中南建设的控股股东，持股比例

为 54.46%。有关股权架构和交易架构图如下：



中南建设与中铁信托有限责任公司（以下简称“中铁信托”）、建设银行青岛市分行不存在关联关系。

二、信托股权融资交易概述

中铁信托、建设银行青岛市分行、青岛海湾新城、青岛中南世纪城及中南建设共同签订《青岛中南世纪城增资扩股协议》（下称“《增资扩股协议》”）、《股权收购协议》、《管理费用支付协议》等一系列相关协议。根据《管理费用支付协议》约定，建设银行青岛市分行受托为青岛中南世纪城发行［中国建设银行股份有限公司青岛市分行“乾元一号”2010 年第 2 期股权投资人民币］，管理费用率为：2 亿元理财产品部分为理财产品总额的 5.2%（年化）；期限 2 年；3 亿元理财产品部分为理财产品总额的 4.7%（年化）；期限 2.5 年。根据《增资扩股协议》约定，中铁信托受托设立［建行青岛市分行－青岛中南世纪城股权投资单一资金信托］，通过信托资金向青岛中南世纪城增资人民币 5 亿元，占青岛中南世纪城本次增资完成后的注册资本人民币 10.2 亿元的 49%。根据《股权收购协议》约定，合同签订后 2－2.5 年内，由中南建设分两期收购中铁信托增资持有的青岛中南世纪城 49% 的股权。股权收购款为 5 亿元，并支付股权溢价款。

根据上述合同的约定，中南建设需分三期向建设银行青岛市分行及中铁信托共支付股权收购溢价款 13455 万元，年综合费用率约 12%，加上股权转让款 5 亿元，共计 63455 万元。

三、增资扩股协议和股权转让协议的主要内容

1. 增资扩股协议主要内容

（1）协议方：中铁信托、青岛海湾新城、青岛中南世纪城

（2）增资金额：中铁信托向青岛中南世纪城增资 5 亿元，增资完成后，占青岛中南世纪城注册资本的 49%。

（3）公司治理结构：增资完成后，董事会 5 名成员中，中铁信托占 1 席位，中南建设及下属公司派出代表占 4 席位。

2. 股权收购协议

（1）协议方：中铁信托、中南建设

（2）股权收购金额及时间：中南建设将分两次收购中铁信托持有的青岛中南世纪城 5 亿元出资。第一期于协议签订日的 2 年后，按照 2 亿元本金加年溢价 6.5% 收购中铁信托持有的青岛中南世纪城 2 亿元出资；第二期于协议签订日的 2.5 年后，按照 3 亿元本金加年溢价 7% 收购中铁信托持有的青岛中南世纪城 3 亿元出资。

3. 管理费用支付协议

（1）协议方：建设银行青岛市分行、青岛中南世纪城

（2）管理费用：青岛中南世纪城委托建设银行青岛市分行发行【中国建设银行股份有限公司青岛市分行“乾元一号”2010 年第 2 期股权投资人民币 5 亿元的信托产品】。信托发行管理费用按照 2 亿元 2 年理财产品，年管理费用 5.2%；3 亿元 2.5 年理财产品，年管理费用 4.7%。以上费用于《管理费用支付协议》签订后支付。

目前，市场上房地产公司通过信托融资贷款利率普遍在 10%—15% 之间。中南建设从优化青岛中南世纪城公司资产负债结构的角度出发，引入股权信托资金，中南建设此次信托融资费用分两笔支付，一笔为支付委托建设银行青岛市分行信托发行管理费用，另一笔为支付中铁信托股权收购溢价，两项费用相加共计 13455 万元。根据计算，年费用化率约为 12%，与市场水平相当。

【评析】

1. 在本案中，青岛中南世纪城通过股权信托来实现“假股权真债权”的融资业务。为什么要这样操作呢？其原因在于：首先，地产企业项目有自有资金比例要求。地产公司自有资金比例超过 35% 方可允许银行贷款，地产企业以股权融资形式借入资金，不属于银行贷款，可以作为项目资本金；其次，地产企业贷款缺乏抵押物，导致财务投资者风险较高，因此股权融资实际是自己给自己担保；最后，这种运作模式，财务投资者可以获得比较固定的回报，实际是利息。回报分为股息红利所得和股权转让所得两个部分。

2. 在本案中，青岛中南世纪城采用的是股权转让所得的回报方式。从形式上看，似乎没有固定的利息支付，但是其支付中铁信托股权收购价款的确定是采用了“本金 + 本金 × 年溢价率 × 年数”方式进行计算的，所以实际是将固定的利息收入“隐含”在股权收购溢价款中，故 41 号公告第一个条件满足；但是，我们发现中铁信托可以委派 1 名董事，但该董事是否具有表决权并没有披露，如果具有的话，则 41 号公告的第四个条件将不满足；同时，中铁信托不能参与具体经营和分红，故 41 号公告第三个、第五个条件满足。最后，中铁信托退出时，采用的方式是中南建设收购其股权的方式进行，并不是 41 号公告所要求的被投资企业青岛中南世纪城回购的方式进行，并不满足第二个条件。所以，本次信托股权融资并不能适用 41 号公告。既然无法适用于 41 号公告中的规定，那么本交易如何进行税务处理呢？目前，并不是特别的明确。青岛中南世纪城支付的信托资金报酬可能很难作为利息支出在税前扣除，同时中铁信托取得的收益也难以适用于居民企业之间的股息红利收益作为免税收入的待遇。事实上，本案例发生在 2010 年，那时 41 号公告并没有出台，按照《青岛市地方税务局关于进一步加强房地产开发经营业务企业所得税管理有关问题的通知》（青地税发〔2012〕48 号）第六条“关于房地产信托融资的扣除问题”的规定，“房地产信托融资，即房地产企业与房地产信托基金签订投资合同，约定房地产信托基金进入和退出房地产企业的时间以及房地产企业在房地产信托基金按约定退出时的股权收购价格，其实质为一种有期限的股权投资，房地产信托基金进入时的成本与退出时的销售价格之间的差额即其投资收益，同时也是房地产企业使用房地产信托资金所付出的代价。因此房地产企业以利息等名义支付给房地产信托基金的代价不能在税前扣除，只能作为支付股息在税后分配处理。”可见，该文是将此类交易视为“一种有期限的股权投资”并按照股权投资支付股息处理房地产企业支付的利息的。所以，如果房地产股权信托融资计划不满足 41 号公告的 5 个条件的话，在各地的执法不统一的情形下，将可能面临不同的税收后果。

3. 为什么这些股权信托计划都采用股权转让的方式操作呢？笔者在前面曾经论述过有关公司股权回购的《公司法》第七十四条的规定，我们知道在被投资的房地产企业属于有限责任公司时，将面临不能回购减资的障碍。同时，即使可以回购减资也将面临公司减资的冗长、严格的法定程序。所以，以股权转让来代替回购股权是必然的选择。

4. 41 号公告规定必须要被投资企业减资才可以适用其税务处理是否值得商

权呢？笔者认为，不论是回购减资或股权转让其实质都是为了给信托投资人提供投资退出的机制，并没有本质的区别。41号公告的要求必然将大部分的交易排除在外，可以考虑修订为“被投资企业及其关联方需要赎回投资或偿还本金”，则可以解决实际中很多企业面临的问题。

5. 股权回购的作价是否公允的问题。在股权信托融资中，后期的“赎回价格”通常是根据最初的投资成本和一定的利率确定，而非基于转让时被投资企业的公允价值，这使得征纳双方可能对转让价格是否公允发生争议。值得讨论的是，如果发生上述争议，如何来衡量转让价格是否公允：是以转让时被投资企业的公允价值来衡量，还是以利率是否符合市场利率来衡量。从“名股实债”的经济实质的角度出发，笔者认为以是否符合市场利率来衡量更为合理。

五、混合性投资业务的增值税问题

在2016年5月1日全面营改增后，从41号公告对混合性投资业务的界定来看，投资人对被投资企业的股权投资业务其经济实质是“债权投资业务”。由于投资人将获得保底利息、固定利润或固定股息，因此，其将面临增值税纳税义务。具体来看，包括如下两种情形：

1. 投资人持有期间取得的投资收益如何处理呢？根据36号文附件1《营改增试点实施办法》附录“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”第1点“贷款服务”第三款规定：“以货币资金投资收取的固定利润或者保底利润，按照贷款服务缴纳增值税。”根据36号文附件2《营改增试点事项规定》第一条第（三）项“销售额”第1点规定“贷款服务，以提供贷款服务取得的全部利息及利息性质的收入为销售额。”因此，投资人在股权持有期间取得的股息被重新定性为利息收入，按照全额计缴增值税。

2. 投资人股权回售获得的投资收益如何处理呢？我国税法是否存在明确的规定呢？对此问题，主要包括如下两种处理观点：

观点一：股权回售交易重新定性为金融商品转让，按照卖出价扣除买入价后的余额计缴增值税；

观点二：股权回售交易属于债权投资本金及利息的回收，其卖出价扣除买入价后的余额视为利息收入，按照该余额全额计缴增值税。

那么，到底那种观点更合适呢？笔者分析如下：

笔者赞同观点二的处理。理由如下：

（1）对于观点一，根据36号文附件1《营改增试点实施办法》附录“销售

服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”第4点“金融商品转让”的规定：“金融商品转让，是指转让外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品所有权的业务活动。其他金融商品转让包括基金、信托、理财产品等各类资产管理产品和各种金融衍生品的转让。”因此，观点一实质是将投资人回售股权的交易视为金融商品转让在处理。为什么笔者不赞同该观点呢？主要包括如下几点理由：

①首先，从法律形式上看，由于被投资的非上市公司的股权（份）缺乏市价及流通性，一般认为不属于金融商品中的“有价证券”，因此不能视为金融商品转让（上市公司的股票除外）。从税法实质来看，投资业务被重新定性为“债权投资业务”，该股权被税法重新定性为债权，基于前述同样的理由，该债权并非债券，亦不属于金融商品中的“有价证券”。

②其次，是否可以适用其他金融商品转让呢？比如，私募股权基金、信托公司以及理财产品等作为投资人投资被投资企业时，是否可以适用？笔者认为，依然不能适用。因为，36号文规定的其他金融商品转让是指基金、信托、理财产品等资产管理产品的持有人转让基金份额、信托权益以及理财产品本身，而不是指这些资产管理计划回售被投资企业股权［实质是回收债权本金及利息（若有）］。

（2）对于观点二，根据前述第1点所述的“贷款服务”第三款的规定，股权回售交易属于债权投资本金及利息的回收，股权投资的成本可以视为买入价，回售价可以视为卖出价，卖出价扣除买入价视为债权本金的回收，扣除后的余额视为双方约定的最后一笔利息收入，按照该余额全额计缴增值税。为什么这样来处理呢？其主要的理由在于，在41号公告规定的混合性投资业务中，股权回售的价格通常是根据最初的投资本金和一定的市场利率确定，而非基于转让时被投资企业的公允价值确定。显然带有鲜明的利息的特性。譬如，在【例9－1】中，中铁信托与中南建设签署的《股权收购协议》约定，“中南建设将分两次收购中铁信托持有的青岛中南世纪城5亿元出资。第一期于协议签订日的2年后，按照2亿元本金加年溢价6．5%收购中铁信托持有的青岛中南世纪城2亿元出资；第二期于协议签订日的2．5年后，按照3亿元本金加年溢价7%收购中铁信托持有的青岛中南世纪城3亿元出资。”我们可以明显看出，股权转让价格是以投资本金加确定利率计算的利息两部分组成。

需要注意的是，如果出现股权赎回属于低价赎回（即41号公告规定的实际赎价低于投资成本的情形，尽管实践中几乎不会发生），如何进行增值税税务处

理呢？在所得税处理上，投资企业应将赎价与投资成本之间的差额，在赎回当期按规定确认为债务重组损失，并准予在税前扣除；被投资企业应将赎价与投资成本之间的差额，在赎回当期确认为债务重组收益，并计入当期应纳税所得额。但是，在增值税处理上是否允许视为利息损失并抵减前期计算的应纳税销售额呢？我们讲，在纳税人销售货物后，如果存在退货的，允许通过开具增值税红字发票的方式来进行处理，在此是否可以借鉴呢？或是直接就不允许扣减。笔者认为，销售货物与提供金融服务性质并不完全相同，由于被融借的资金一直由被投资企业使用，即使在赎回时，投资人损失了部分本金，但并不影响其前期利息收入的计算是依全部本金来计算。因此，笔者认为不宜抵减扣除。

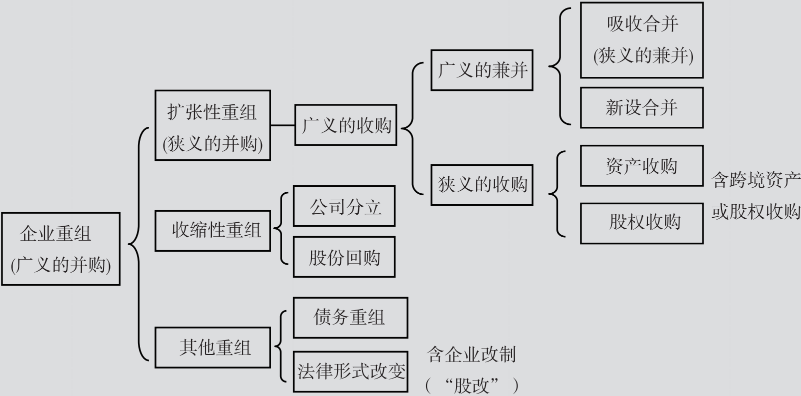
除上述问题之外，还需要注意的是，如前文所述，被投资企业支付的利息费用以及与之直接相关的手续费等，投资人不得开具增资税专用发票（只能开具增值税普通发票），因此不得作为进项抵扣。当然，该等利息费用以及相关的手续费等可以在所得税税前扣除。

最后，需要说明的，上述政策的适用是基于36号文目前的规定来进行的分析，国家税务总局后续是否明确该问题以及实践中，如何执行，有待后续观察。

第二篇　企业并购重组

本篇综述

企业初始设立之后，在其运营中，基于扩张或紧缩业务的需要，往往会涉及各种并购重组业务。从扩张的视角看，主要包括企业兼并（吸收合并和新设合并）、企业资产或股权收购等；从收缩的视角看，主要包括企业分立（存续分立和新设分立）、企业股份回购等。此外，还包括其他一些不影响企业所有权总量或者并不在企业资产报表上予以反映但将导致企业控制权变化或不变化的行为，主要包括企业法律形式改变（含企业改制或“股改”）、债务重组等。除了前述类型之外，随着全球经济一体化的发展，跨境并购重组业务发展也越来越频繁，主要包括对外投资、跨境股权、资产转让以及非居民企业直接或间接转让境内企业权益等。在本篇中，笔者将企业可供选择的并购重组方式总结为下图作为本篇总领之提纲：



本篇对企业运营阶段的并购重组业务的税务处理问题进行介绍。主要内容如下：

1. 专题10－14属于“并购重组税制的基础理论与实践”部分。主要介绍企业重组税制的基础理论及规则、企业重组所得税制的三大核心规则与实践、企业重组所得税制的“债务承担”规则与实践、企业重组所得税制的计税基础规则与实践以及三角并购重组的税务疑难问题；

2. 专题15－22属于“企业重组业务税务处理疑难问题”部分。主要介绍企业合并、股权收购、资产收购、分立、债务重组、法律形式改变、跨境重组以及非居民企业转让境内企业股权的所得税问题；

3. 专题23－25属于“企业改制重组的其他税收处理”部分。主要介绍资产重组的增值税（营改增）问题、企业改制重组的土地增值税问题以及企业改制重组的契税和印花税问题。

此外，有关国有独资企业或公司改制上市资产评估增值的企业所得税问题、限售股转让的所得税、营改增问题、QFII、RQFII及沪港通税务问题、对赌协议的所得税问题、股权激励的税务问题、“红筹架构拆除”的所得税问题、“代持股”的所得税问题等特殊业务，笔者将放在本书第六篇“资本交易的特殊业务”各专题中集中介绍。

专题 10：企业重组税制的基础理论与实践

内容概览

企业重组是企业对外扩张或业务紧缩的最重要的形式。企业重组的税制可以说是企业税制中最复杂的部分，对于资本交易律师而言亦是最主要的相关税务业务，了解其基础的框架和理论是必要的。本专题包含如下内容：

■ 企业重组的概念及分类

■ 企业重组所得税税收理论的框架体系

■ 企业重组所得税制的基础概念——以国家税务总局公告 2015 年第 48 号为中心

■ 企业重组增值税等其他税收理论及政策

一、企业重组的概念及分类

（一）公司法上的公司重组概念

应该讲，公司重组在公司法领域并没有一个权威精准的定义。通常地讲，公司重组是一个广义的概念，实践中通常与广义的“并购”（Merger and Acquisition，“M&A”）等同。一般地讲，并购是“兼并”（merger）与“收购”（acquisition）的合称。兼并与收购通常是指一家公司为获得另一家公司（即目标公司）的部分或全部控制权，而利用自身可支配的现金、有价证券及有形资产、无形资产或以承担债务的形式为对价购买目标公司的股权或有形资产、无形资产等，导致目标公司经营性资产实质性变化或其控制性股东发生变化甚或丧失法人资格等效果的行为。它通常包括如下三类：（1）公司扩张性的重组行为。譬如公司合并、股权收购、资产收购等；（2）公司收缩性的重组行为。譬如公司分立、股份回购、资产剥离等；（3）其他重组行为。譬如股权托管和公司托管、表决权信托与委托书收购、企业法律形式改变、债务重组等。

（二）税法上的企业重组概念

应该讲，我国税法一直以来并没有对企业重组作出明确的界定，尽管我们

在很多相关的税收政策文件中经常会见到“重组”的字样。直到2009年4月30日，财政部和国家税务总局联合颁布的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税［2009］59号，下称“59号文”）以及2010年7月26日颁布的《国家税务总局关于发布〈企业重组业务企业所得税管理办法〉的公告》（国家税务总局公告2010年第4号，下称“4号公告”）的出台。59号文第一次明确地对什么是“企业重组”作出了定义，这在我国的企业所得税法史上开创了先河。除了所得税领域之外，在流转税领域，我们还可以发现类似的相关政策文件。譬如《关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》（国家税务总局公告2011年第13号，下称“13号公告”）、《国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》（国家税务总局公告2013年第66号，下称“66号公告”）以及《国家税务总局关于纳税人资产重组有关营业税问题的公告》（国家税务总局公告2011年第51号，下称“51号公告”）。事实上，59号文对“企业重组”的定义可以作为一个基本的定义来进行分析和理解。笔者也将主要在59号文的基础上来展开。

59号文第一条规定：“本通知所称企业重组，是指企业在日常经营活动以外发生的法律结构或经济结构重大改变的交易，包括企业法律形式改变、债务重组、股权收购、资产收购、合并、分立等。”前述定义意味着：

1. 企业重组是企业“日常经营活动以外”发生的交易。其原因在于：税法强调的企业重组交易或活动是一种特殊的资源重新配置的交易行为，它有别于企业一般的、日常的、经常发生的、局部的经营活动，比如原材料采购、货物销售、资产出售或处置等，它往往是偶发性的、大宗的、整体性的企业资产重新配置、整合的交易行为。主要区别见下表10－1：

表10－1：企业重组与日常经营活动的区别

项目	企业重组	企业日常经营活动
发生频率	偶发性	经常发生或发生频次很高
涉及资源/资产	企业的几乎全部/大部/实质性资产	小额/局部资产
经营连续性	企业的股东/所有人对原营业保有持续性	属于等价资产交换，不保有持续性
股东权益持续	企业的股东/所有人在原企业的权益保有持续性	属于等价资产交换，不保有持续性

2. 企业重组是“法律结构或经济结构重大改变”的交易。按照一般的法律

理解，企业重组意义上的法律结构一般是指商业组织的组织形式，比如企业、公司、合伙或个人独资企业等，法律结构还可以指商业组织的内部资本结构，比如权益资本结构、债务资本结构等，但此处的法律结构通常不指企业的内部治理结构；经济结构通常是指公司的资产（形态）、负债（状况）及其转变等，它还包括企业营业、生产及其转变等。譬如，在企业法律形式改变中，企业转变为合伙企业或个人独资企业就涉及法律结构中的组织形式的改变；收购公司增发股份收购目标公司资产，将导致其自身的资本结构（股权比例）发生变化；企业进行债务重组，将导致自身的权益资本和债务资本的结构发生变化；企业股东因经营理念和发展方向不统一从而通过公司分立进行分业经营，导致原企业分立为两个企业并各自经营不同的营业，导致经济结构中的营业、生产、资产负债状况发生转变。

3. 企业重组采用的是广义重组的概念。企业重组既包括扩张性重组和收缩性重组，还包括其他重组行为。其中，扩张性重组（狭义的并购）包括企业股权收购、资产收购、企业合并；收缩性重组包括企业分立；其他重组行为包括企业法律形式改变和债务重组。

有关企业合并、股权收购、资产收购、企业分立、债务重组、企业法律形式改变等重组类型的定义，笔者将在后续各专题中分别进行详细解读和分析。

二、企业重组所得税税收理论的框架体系

（一）企业重组的经济实质理论

企业重组业务所得税税收理论和规则的核心就是企业重组的“经济实质理论”（“economic substance doctrine”）。所谓企业重组的经济实质是指，重组产生的唯一后果就是使得目标企业的原股东对目标企业的营业或资产的投资利益（或股东利益）得以继续。或者说，企业重组交易的本质在于，企业重组是目标企业股东对企业营业或资产的投资利益在变化后的企业形态下继续存续。在重组前后，股东在新旧企业享有的全部或绝大部分利益只是股东所有权形式上的变化，而不涉及投资利益的重大变化，重组后原股东将继续其投资和营业，并且重组后的利益与重组前的利益不存在实质区别。

（二）企业重组所得税理论的框架体系[①]

笔者以为我国企业重组所得税税制的理论核心在于企业重组的“经济实质

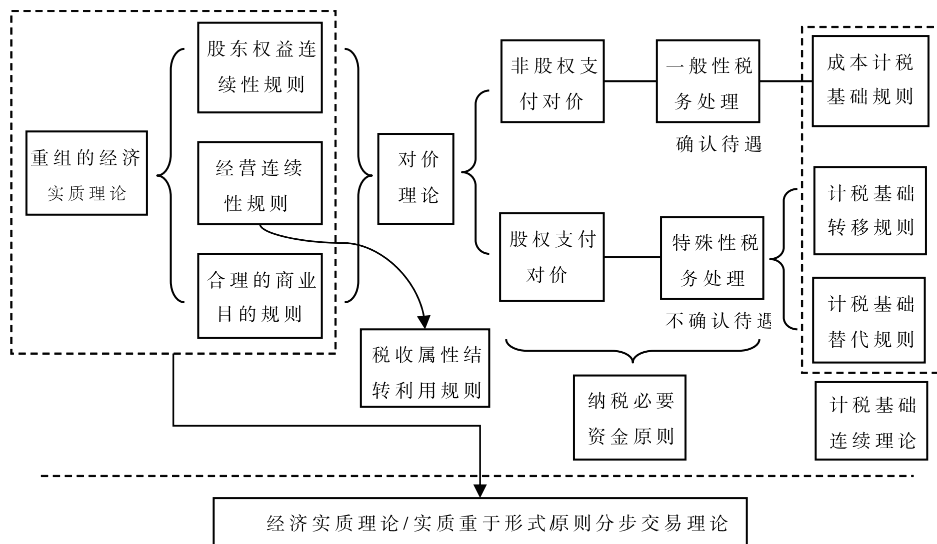
---

① 雷霆：《企业并购重组税法实务：原理、案例及疑难问题剖析》，中国法律出版社 2015 年 8 月第 1 版，第 12 ~ 13 页。

理论”，在这一理论上又内生出“股东权益连续性”规则、“经营连续性”规则以及“合理的商业目的”规则三大规则。在这三大规则的基础上，税法给予企业重组不同的税收待遇，即应税重组待遇（即59号文规定的一般性税务处理待遇）和免税/递延纳税待遇（即59号文规定的特殊性税务处理待遇）。同时，在三大规则基础上，还对应地衍生出了“对价”理论（“纳税必要资金理论”）——即对于股权支付对价，税法给予免税重组的待遇，而对于非股权支付对价，则必须在交易当期即期确认的税收待遇。在“对价”理论基础上又衍生出了“计税基础”确定理论以及实质重于形式理论等等。对于净营业亏损等税收属性结转规则而言，其理论基石在于企业经营连续性规则。

有关企业重组所得税税收理论和规则的框架体系见下图10－1：

图10－1 企业重组所得税税收理论和规则的框架体系



从图10－1可以看出，企业重组所得税税制涉及的税收理论和规则主要包括如下几个方面，并且它们是一脉相承、密不可分的：

（1）企业重组的经济实质理论以及重组的“股东权益连续性”规则、“经营连续性”规则以及“合理的商业目的”规则三大税收规则。前两个规则主要从客观方面，比如收购对价的性质和数量、目标公司重大历史性营业继续或历史性营业资产继续等客观标准上确立了客观要件，而第三个规则则主要从交易当事方的主观动机方面来确立重组的主观要件；

（2）在上述（1）中所述的理论和规则之下衍生出来的对价理论（股权支

付和非股权支付）以及纳税必要资金原则。事实上，纳税必要资金原则本质上就要求纳税人在没有因交易而获得纳税所需的必要资金（现金）的情况下给予递延纳税待遇，而股权支付对价无疑就是这样的情形；

（3）在上述（2）中所述的理论和规则之下，确立的应税和免税（递延纳税）税收待遇，主要包括收益确认/不确认规则、计税基础确定规则等。其中，计税基础连续理论主要包括三种计税基础确定规则，其目的在于确保用于征税的计税基础不会导致重复征税；

（4）在上述（1）中所述的理论和规则之下，并且主要是基于合理的商业目的规则衍生出来的实质重于形式原则/分步交易理论；

（5）在（1）中所述的企业经营连续性规则中衍生出净营业亏损等税收属性结转利用规则。

三、企业重组所得税制的基础概念——以国家税务总局公告 2015 年第 48 号为中心

在 59 号文出台之后，国家税务总局随即出台了 4 号公告对 59 号文一些基本概念进行了解释和澄清。随着实践的推进，国家税务总局又于 2015 年 6 月 30 日颁布了《国家税务总局关于企业重组业务企业所得税征收管理若干问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 48 号，下称“48 号公告”）对 4 号公告进行了修订，澄清和明确了企业重组业务企业所得税的一些争议问题，并针对一些新问题进行了补充完善。主要包括如下几个方面的内容：

（一）企业重组当事方认定规则

4 号公告原第三条和 48 号公告第一条规定对比如下表 10 – 2：

表 10 – 2：企业重组当事方认定规则的变化

4 号公告第三条	48 号公告第一条
企业发生各类重组业务，其当事各方，按重组类型，分别指以下企业： （一）债务重组中当事各方，指债务人及债权人。 （二）股权收购中当事各方，指收购方、转让方及被收购企业。 （三）资产收购中当事各方，指转让方、受让方。 （四）合并中当事各方，指合并企业、被合并企业及各方股东。	按照重组类型，企业重组的当事各方是指： （一）债务重组中当事各方，指债务人、债权人。 （二）股权收购中当事各方，指收购方、转让方及被收购企业。 （三）资产收购中当事各方，指收购方、转让方。 （四）合并中当事各方，指合并企业、被合并企业及被合并企业股东。

续 表

（五）分立中当事各方，指分立企业、被分立企业及各方股东。	上述重组交易中，股权收购中转让方、合并中被合并企业股东和分立中被分立企业股东，可以是自然人。 当事各方中的自然人应按个人所得税的相关规定进行税务处理。 （五）分立中当事各方，指分立企业、被分立企业及被分立企业股东。

从上表可以看出，48 号公告的修订包括如下几点：

1. 将自然人纳入重组当事方，澄清企业重组认定标准

48 号公告第一条删除了 4 号公告原第三条“分别指如下企业”的规定，并新增两款规定：“上述重组交易中，股权收购中转让方、合并中被合并企业股东和分立中被分立企业股东，可以是自然人”和“当事各方中的自然人应按个人所得税的相关规定进行税务处理。”新规解决了旧规中一直颇受诟病的问题——重组方如果存在自然人的，将导致整个重组交易不能适用 59 号文特殊性税务处理的问题。譬如，在企业合并重组中，被合并企业股东既有法人股东，又有个人股东时，按照 4 号公告原第三条的规定，则这样的企业合并重组将不符合 59 号文所规定的企业合并重组的要求。事实上，我们可以发现，59 号文第一条第（五）项规定：“合并，是指一家或多家企业（以下称为被合并企业）将其全部资产和负债转让给另一家现存或新设企业（以下称为合并企业），被合并企业股东换取合并企业的股权或非股权支付，实现两个或两个以上企业的依法合并。”从前述定义来看，判断一个交易是否属于合并重组交易的唯一标准是，合并交易的直接当事方属于企业，与合并企业和被合并企业的股东是否属于企业或者是否全部属于企业并无必然联系。即是说，股权收购中转让方、合并中被合并企业股东和分立中被分立企业股东可以是自然人，但应当按照个人所得税的相关规定进行税务处理。这意味着，个人股东的存在并不阻碍交易满足特殊性税务处理条件时，法人股东可以享受递延纳税待遇。

2. 仅认定被合并企业股东为合并重组当事方而排除合并企业股东值得商榷

48 号公告将 4 号公告原第三条规定的合并中合并企业股东排除在重组当事方之外。笔者认为这值得商榷。主要的理由在于：企业合并重组中，一般情况下，合并企业股东不涉及合并对价的支付或接受，但这并非全部。譬如，在被合并企业股东在合并后新设或存续企业中的股东权益超过其在合并前被合并企

业的股东权益时，被合并企业股东需要向合并企业股东支付补价。此时，显然接受补价的合并企业股东在合并重组中属于直接关联的利益方，应属于合并重组当事方之一。同时，即使合并企业股东不存在获得补价的情形，但是其在合并后企业的股权比例也可能会面临调整，也属于间接利益相关人。类似的情形也出现在股权收购当事人认定规则中：股权收购中当事各方，指收购方、转让方及被收购企业。其中，被收购企业即目标企业在股权收购中也不属于应纳税主体（其税收属性保持不变），但它属于利益相关人（会面临股东变更），亦属于重组当事人之一。

3. 仅认定被分立企业股东为分立重组当事方而排除分立企业股东值得商榷

需要注意的是，48 号公告有关分立当事人的认定规则——分立中当事各方，指分立企业、被分立企业及被分立企业股东。48 号公告直接采用了“被分立企业股东”的描述。笔者认为，这样的描述规定与 4 号公告原第三条的描述“各方股东”在中国法下并无区别。理由在于，根据我国工商登记法规的规定，[①] 我国的分立重组目前仅包括新设分立和存续分立两种类型，并不允许直接向现存企业进行分立，因此“被分立企业股东”实际与“各方股东”并无差异。但如果允许向现存企业进行分立，[②] 则分立企业的原股东也将成为分立重组的当事方。所以，从此意义上讲，4 号公告原第三条“各方股东”的规定也并无不妥，而且从长远看，应更具有“前瞻性”。

综上所述，不论是 4 号公告的旧规或是 48 号公告的新规，在企业重组当事方的确定时都采用了同样的确定规则——企业重组当事方的确定规则实质上是合同契约理论的一个应用和延伸。譬如，在股权收购重组中，被收购企业的股东（转让方）与收购方就标的资产（被收购企业的股权）达成了一个收购合

---

① 《国家工商总局关于做好公司合并分立登记支持企业兼并重组的意见》（工商企字［2011］226 号）第二条第（一）项第二款规定：“公司分立可以采取两种形式：一种是存续分立，指一个公司分出一个或者一个以上新公司，原公司存续；另一种是解散分立，指一个公司分为两个或者两个以上新公司，原公司解散。”《对外贸易经济合作部、国家工商行政管理总局关于外商投资企业合并与分立的规定》（［1999］外经贸法发第 395 号，《商务部关于修改部分规章和规范性文件的决定（商务部 2015 年第 2 号）修订》）第四条规定：“公司分立可以采取存续分立和解散分立两种形式。存续分立是指一个公司分离成两个以上公司，本公司继续存在并设立一个以上新的公司。解散分立，是指一个公司分解为两个以上公司，本公司解散并设立两个以上新的公司。”

② 笔者注：在英美国家公司法律中，向现存公司进行分立是很普遍的分立方式。而且，我国 59 号文对分立的定义实质也支持这样的分立，当然这与公司登记法规并未衔接一致。该文第一条第（六）项规定：“分立，是指一家企业（以下称为被分立企业）将部分或全部资产分离转让给现存或新设的企业（以下称为分立企业），被分立企业股东换取分立企业的股权或非股权支付，实现企业的依法分立。”

同，转让方和收购方即是股权收购合同的合同当事方；当然也是股权收购重组交易的当事方；而对于被收购企业而言，股权收购合同将涉及其股权的交割以及股权结构的变化，它属于股权收购合同的利益相关人，也属于企业股权收购交易的当事方之一。又譬如，在存续合并中，合并企业和被合并企业之间会就合并事宜达成一个合并协议（实质是一个资产合并协议），它们属于该合并协议的合同当事方，当然也是合并重组交易的当事方；而对于被合并企业的各方股东而言，它们在被合并企业的注销分配中将收到合并企业支付的对价（股权支付或非股权支付或两者的组合），从而使得被合并企业的股东也成为合并重组交易的当事方。如果，合并企业支付的对价中包含股权支付，则收到该股权支付的被合并企业股东还将成为合并企业新的股东，这将导致合并企业的股权交割以及股权结构的变化，也将不可避免地影响到合并企业原股东的权益结构。如前所述，特殊的情形下，合并企业的股东还将收到补价。因此，合并企业的各方股东也属于合并重组交易的当事方。类似的情形还存在于企业分立的重组交易，在此不再赘述。

企业重组当事方的确认规则是企业重组税制的基本规则之一，其意义主要在于：一是，确定企业重组税法上的当事人，明确交易性质、交易对象以及利益相关人；二是，便于对各重组当事方后续的税收义务等进行明确；三是，对企业重组税收征收管理进行规定。譬如，便于在重组当事方中确定重组主导方，进而明确重组各方的申报流程；四是，在采“实质重于形式”原则否定交易的法律形式时，便于重新界定税法上的交易对象并确定纳税义务人。

同时，企业重组当事方的确认规则的本质是在合同契约理论基础上的延伸和扩展，即扩展到税法上的利益相关人。譬如，股权收购重组中，目标企业并不是股权收购协议的直接当事方，但它属于直接利益相关人，它的税收属性以及是否存在纳税义务等也需要税法予以明确，所以亦纳入重组当事方。

（二）企业重组主导方的确定规则

4 号公告原第十七条和 48 号公告第二条规定对比如下表 10 – 3：

表 10－3：企业重组主导方确定规则的变化

4 号公告第十七条	48 号公告第二条
企业重组主导方，按以下原则确定： （一）债务重组为债务人； （二）股权收购为股权转让方； （三）资产收购为资产转让方； （四）吸收合并为合并后拟存续的企业，新设合并为合并前资产较大的企业； （五）分立为被分立的企业或存续企业。	重组当事各方企业适用特殊性税务处理的（指重组业务符合财税〔2009〕59 号文件和财税〔2014〕109 号文件第一条、第二条规定条件并选择特殊性税务处理的，下同），应按如下规定确定重组主导方： （一）债务重组，主导方为债务人。 （二）股权收购，主导方为股权转让方，涉及两个或两个以上股权转让方，由转让被收购企业股权比例最大的一方作为主导方（转让股权比例相同的可协商确定主导方）。 （三）资产收购，主导方为资产转让方。 （四）合并，主导方为被合并企业，涉及同一控制下多家被合并企业的，以净资产最大的一方为主导方。 （五）分立，主导方为被分立企业。

从上表可以看出，48 号公告的修订包括如下几点：

1. 新增股权收购重组中存在多转让方时重组主导方的确定规则

48 号公告第二条新增规定“涉及两个或两个以上股权转让方，由转让被收购企业股权比例最大的一方作为主导方（转让股权比例相同的可协商确定主导方）。”新规定解决了实践中存在多个股权转让方时，4 号公告原规定无法确定重组主导方的问题，避免了重组主导方“扯皮”和“缺位”。在适用特殊性税务处理时，为新申报制度下重组主导方先履行申报义务“铺平了道路”。

2. 完善合并重组主导方的确定规则，但依然存在疏漏

48 号公告第二条第（四）项规定“合并，主导方为被合并企业，涉及同一控制下多家被合并企业的，以净资产最大的一方为主导方。”可以看出，新规与旧规的区别在于：

（1）旧规针对不同合并类型分别规定。即，对于存续合并，重组主导方是拟存续企业（实质就是合并前合并企业的主体延续）；对于新设合并，重组主导方是合并前资产[①]较大[②]的企业（实质是新设合并中被合并企业中资产较大的企

① 笔者注：旧规定采用“资产”的描述，在实践中，这样的规定并不合理，因为合并重组一般采用包含负债在内的净资产作价的方法，新规中“净资产”的描述更恰当。有关评述参见后文。

② 笔者注：旧规定采用“较大”的描述，在实践中，如果存在三个或以上被合并企业时，“较大”并不足以让我们确定重组的唯一主导方，新规中“最大”的描述更恰当。有关评述参见后文。

业）。可以发现，对于两种不同的合并类型，重组主导方的确定是不同的，存续合并是合并企业，新设合并是被合并企业，并不统一。新规不分合并类型，统一为被合并企业，并规定涉及同一控制下多家被合并企业的，以净资产最大的一方为主导方。为什么要统一呢？笔者认为原因有两个：一是，在合并重组中，被合并企业面临注销税务登记手续（不论税法上是否视同清算），以被合并企业作为重组主导方可以使得被合并企业在注销税务登记手续之前进行及时申报。这与48号公告第四条的规定“合并、分立中重组一方涉及注销的，应在尚未办理注销税务登记手续前进行申报”保持一致，便于税务机关进行征收管理。二是，按照工商登记法规的要求，企业解散注销之前应先予履行注销税务登记手续才能办理工商注销登记手续，让被合并企业作为重组主导方，可以促使被合并企业先予办理这样的前置手续，便于后续工商注销手续的办理，促使合并重组的推进。

（2）新规改变了旧规“资产较大”的标准而采用了“净资产最大”的新标准。从合并重组的实质和操作来看，一般都是以合并企业和被合并企业“净资产”为基准来确定合并各方股东在合并后企业的权益和股权比例。在旧规下，“资产较大”存在两个问题：一是，资产价值大并不意味着企业价值就大，因为在考虑负债的情形下，其净资产可能是小的；二是，“较大”可能导致重组当事方的不确定性，当存在三个及以上被合并企业时，可能存在两个及以上资产“较大”的被合并企业。新规显然避免了这样的问题。

3. 精炼了分立重组主导方的确定规则描述

旧规规定“分立为被分立的企业或存续企业。”新规规定“分立，主导方为被分立企业。”我们可以发现新旧规定并无实质变化，只不过新规更为精炼。因为在分立重组中，不论存续分立或是新设分立，将被分立企业作为重组主导方已经涵盖了存续分立中的存续企业，因为存续企业实质就是被分立企业分立后的主体延续。

综上所述，48号公告对于重组主导方的确定，根据不同的重组类型确立了不同的确定规则。对于股权收购和资产收购，以拥有标的资产的转让方为重组主导方，因为转让方是在重组中实现转让所得或损失的一方；对于债务重组，以债务人为重组主导方，因为债务人属于在重组中获得债务重组所得的一方；对于合并、分立重组，以被合并企业和被分立企业为重组主导方，因为在合并、分立重组中，重组的标的资产属于被合并企业和被分立企业，并且被合并企业需要解散注销，被分立企业需要剥离转让资产，它们亦可能属于税法上的纳税主体，以它们为主导方便于征收管理，亦是恰当的。

【疑难问题 10－1】48 号公告未明确存在非同一控制下多个被合并企业时，如何确定重组主导方的情形？

这个问题在 4 号公告原第十七条下并不是问题。因为，旧规明确在存续合并时，重组主导方为拟存续的企业，不涉及被合并企业的事；在新设合并时，为合并前资产较大的企业。48 号公告改变了这样的规定，仅仅明确涉及同一控制下多家被合并企业的，以净资产最大的一方为主导方。但如果实践中，出现非同一控制下多家被合并企业时（尽管较少出现），将出现重组主导方不明确的情形。让我们以下例来进行说明：

假定，合并方为甲公司，其 100% 控股股东为 A 公司；被合并方为乙公司和丙公司，它们共同的股东为 B 公司，B 公司分别持有乙公司和丙公司 100% 和 40% 的股权。现，甲公司拟采吸收合并方式合并乙公司和丙公司。根据 4 号公告原第十七条的规定，重组主导方为拟存续的甲公司。但按照 48 号公告规定，重组主导方将为乙公司和丙公司之一。由于，乙公司和丙公司并不受 B 公司同一控制，所以不能适用 48 号公告“涉及同一控制下多家被合并企业的，以净资产最大的一方为主导方”的规定，此时，乙和丙之间谁是重组主导方将不明确。

所以，笔者认为，尽管实践中出现非同一控制下多家被合并企业的合并重组相对较少，但税收法规不能一厢情愿地认为不会出现，从而导致法律规定的“缺位”。因此，笔者认为，48 号公告应该删除“同一控制”的限定条件。

（二）企业重组业务完成年度和重组日的确定规则

4 号公告原第七条、第八条和 48 号公告第三条规定对比如下表 10－4：

表 10－4：企业重组业务完成年度和重组日确定规则的变化

4 号公告第七条、第八条	48 号公告第三条
第七条　《通知》中规定的企业重组，其重组日的确定，按以下规定处理： （一）债务重组，以债务重组合同或协议生效日为重组日。 （二）股权收购，以转让协议生效且完成股权变更手续日为重组日。 （三）资产收购，以转让协议生效且完成资产实际交割日为重组日。 （四）企业合并，以合并企业取得被合并企业资产所有权并完成工商登记变更日期为重组日。	财税〔2009〕59 号文件第十一条所称重组业务完成当年，是指重组日所属的企业所得税纳税年度。 企业重组日的确定，按以下规定处理： 1. 债务重组，以债务重组合同（协议）或法院裁定书生效日为重组日。 2. 股权收购，以转让合同（协议）生效且完成股权变更手续日为重组日。关联企业之间发生股权收购，转让合同（协议）生效后 12 个月内尚未完成股权变更手续的，应以转让合同（协议）生效日为重组日。

续 表

（五）企业分立，以分立企业取得被分立企业资产所有权并完成工商登记变更日期为重组日。 第八条　重组业务完成年度的确定，可以按各当事方适用的会计准则确定，具体参照各当事方经审计的年度财务报告。由于当事方适用的会计准则不同导致重组业务完成年度的判定有差异时，各当事方应协商一致，确定同一个纳税年度作为重组业务完成年度。	3. 资产收购，以转让合同（协议）生效且当事各方已进行会计处理的日期为重组日。 4. 合并，以合并合同（协议）生效、当事各方已进行会计处理且完成工商新设登记或变更登记日为重组日。按规定不需要办理工商新设或变更登记的合并，以合并合同（协议）生效且当事各方已进行会计处理的日期为重组日。 5. 分立，以分立合同（协议）生效、当事各方已进行会计处理且完成工商新设登记或变更登记日为重组日。

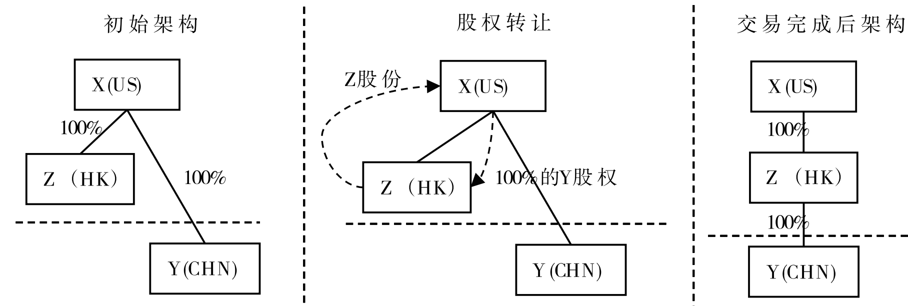
从上表可以看出，48 号公告的修订包括如下几点：

1. 重新确立了重组业务完成年度的确定规则

在旧规下，重组业务完成年度的确定规则包含两层涵义：首先，重组业务完成年度按照适用的会计准则来确定；其次，如果当事方适用的会计准则不同导致重组业务完成年度的判定有差异的，各当事方应协商一致确定同一纳税年度为重组业务完成年度。在新规下，重组业务完成年度直接规定为重组日所属的企业所得税纳税年度，摒弃了先以会计准则来确定重组业务纳税年度的规定，直接采用重组日所属的企业所得税纳税年度。这实质简化了确认规则，并纠正了原规则下的一个问题。让我们以下例来进行说明。

【例 10－1】重组业务完成年度的确定

假定，X 公司系美国注册的公司（美国居民企业），拥有 Y 公司的 100% 股权，Y 公司系中国注册的外商独资企业（中国居民企业）。另，X 公司还持有 Z 公司 100% 的股权，Z 公司系香港注册的公司（香港居民企业）。X 公司在 2014 年 5 月 31 日将其持有的 Y 公司的全部股权作价转让给 Z 公司（为简化，假定在同日完成交割和变更登记手续），Z 公司增发自身股份支付给 X 公司，有关股权和交易架构图如下：



【评析】本交易属于59号文第七条第（一）项规定的“非居民企业向其100%直接控股的另一非居民企业转让其拥有的居民企业股权”的情形。由于，此股权转让不会造成以后该项股权转让所得预提税负担变化（转让前后股权转让协定税率都为10%），假定转让方非居民企业X公司向主管税务机关书面承诺在3年（含3年）内不转让其拥有受让方非居民企业Z公司的股权，如果其他条件也满足的话，则该跨境重组可以选择适用特殊性税务处理。

本跨境重组交易中，重组当事方为X公司（转让方）、Y公司（被转让企业）和Z公司（收购方），重组主导方为股权转让方X公司（非居民企业）。2014年5月31日是重组日，但重组完成年度如何确定呢？根据4号公告旧规，假定X公司适用美国会计准则确定的会计年度属于一个财政年度（fiscal year），即2014年5月1日至2015年4月30日止的12个月期间，而Y公司适用中国会计准则确定的会计年度为一个公历年度（calendar year），即2014年1月1日至12月31日的12个月期间。香港公司Z公司依据香港会计准则确定的会计年度属于一个自然年度，即2014年4月1日至2015年3月31日的12个月期间。

那么，X公司、Y公司和Z公司需要协商一致到底是将2014年还是2015年作为重组业务完成年度。如果协商选择2014年度，X公司（非居民企业）应在2014年度向被转让股权的中国居民企业（Y公司）所在地主管税务机关（负责Y公司企业所得税征管的税务机关）进行申报，这显然是可以的；如果协商选择2015年，也是可以的，但显然将推迟到2015年。也就是说，旧规下的选择性将使得重组申报的时间带有不确定性，并可能导致递延申报。让我们再来看看新规的规定，48号公告规定，59号文件第十一条所称重组业务完成当年，是指重组日所属的企业所得税纳税年度。该条规定的实质是，依据中国企业所得税的规定来确定企业所得税纳税年度。比如，本例中重组日为2014年5月31日，则该日所属的企业所得税纳税年度就是2014年度，不会存在还有选择为2015年度推迟申报的可能。

2. 修订和完善重组日的确定规则

（1）债务重组重组日的确定

新规与旧规相比较，唯一的变化是增加了“法院裁定书生效日”。这实际是48号公告对4号公告规定的“遗漏”的完善。因为根据59号文对债务重组的定义①以及实践来看，债务重组不但包括持续经营条件下的债务重组，还包括非持

① 59号文第一条第（二）项规定：“债务重组，是指在债务人发生财务困难的情况下，债权人按照其与债务人达成的书面协议或者法院裁定书，就其债务人的债务作出让步的事项。”

续经营条件下的债务重组（破产整顿）。

（2）股权收购重组日的确定

新规与旧规相比较，唯一的变化是增加了“关联企业之间发生股权收购，转让合同（协议）生效后 12 个月内尚未完成股权变更手续的，应以转让合同（协议）生效日为重组日”。应该讲，这是一个反避税考量的规定。实际上，我们在之前的《国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税有关征管问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 33 号）有关关联企业之间发生的非货币性资产投资行为转让收入确认规定中就可以找到类似的规定。[①] 因为，在实践中，对于非关联企业之间的股权收购交易行为，一般不存在转让合同（协议）生效后一直不办理股权变更手续的问题，但在关联企业之间，则可能基于 4 号公告原第七条第（二）项的规定，通过“延迟”股权变更手续的办理来达成延迟纳税的目的。

（3）资产收购重组日的确定

应该讲，新规在资产收购重组日的确定规则上对旧规是一个重大的改变。旧规规定的是“资产收购，以转让协议生效且完成资产实际交割日为重组日”。而新规则规定“资产收购，以转让合同（协议）生效且当事各方已进行会计处理的日期为重组日”。可以发现，新规引入了一个新的规则——以当事各方已进行会计处理为标准，而否定了原规则的“完成资产实际交割日”的标准。那么，新旧规定都是基于什么考量来这样确定规则呢？笔者分析如下：

①为什么旧规采“完成资产实际交割日”标准？我们讲，在资产收购中，交易的完成实际并不是在转让协议生效时即完成，实质应该是资产实际交割[②]时完成。即，转让方只有实际将标的资产交割于收购方，这样收购方才能达成收购协议之根本目的。实务中存在的一个问题是，标的资产可能呈现为多种资产形态。譬如，标的资产既可能包括存货、商品等动产，也可能包括土地、房屋等不动产，还可能包括商标、专利等无形资产。按照物权法等法律的规定，对于动产，交付或移交即完成交割；但对于土地、房屋以及商标、专利等，则需要办理财产所有权变更登记手续，而这些手续在实务中需要较长的时间来办理。特别是，存在多种需要办理财产所有权变更登记手续的财产时，旧规是否是依

---

① 33 号公告第二条规定：“关联企业之间发生的非货币性资产投资行为，投资协议生效后 12 个月内尚未完成股权变更登记手续的，于投资协议生效时，确认非货币性资产转让收入的实现。”

② 笔者注：在资产收购实务中，我们可以在资产收购协议中看到“资产交割”等条款，就是来安排资产实际的移交或交割的。

最后一个财产变更登记手续办理完成之日为准？如果是这样的话，我们可以发现，收购人可能依据资产收购协议的规定已经取得了对该等资产的实际控制但因财产权变更手续尚未完成或者甚至因其中之一尚未完成而导致重组交易在税法上尚未完成，必然导致税收的延迟。

②新规采用了与会计处理相一致的标准，实际还是“经济实质”原则的适用。即，如果会计上依据已经实际控制而对土地、房屋等资产做会计处理的话，即使此时财产尚未完成财产权的变更登记手续，也视为收购方的资产收购交易已经完成，避免了旧规下税收延迟的发生。但是，带来的新问题是，如果重组方“故意”以部分财产权尚未完成变更登记手续而不进行会计处理，怎么办？这也是48号公告没有明确规定的问题。笔者认为，48号公告应明确按照“实际控制或管理”的标准来确定重组日。除此问题外，对于48号公告规定的“当事各方已进行会计处理的日期”，这意味着需要重组各方都进行会计处理完毕之日来确定。如果某一方进行了会计处理，另外一方“故意”延迟进行处理（特别是可能导致跨年度处理的），怎么办？48号公告也没有考虑这个问题。笔者认为，此时应该以任何在先处理的一方为准。

（4）企业合并重组日的确定

类似于资产收购重组日的确定规则，在企业合并重组中，亦采用了“当事各方已进行会计处理”标准。需要说明的是，为什么旧规在企业合并与资产收购中采用的标准不一致呢？企业合并采“以合并企业取得被合并企业资产所有权”，而资产收购采“完成资产实际交割日”。在笔者看来，从文件制定本义上来看，两者的要求是一致的，但企业合并中使用“以合并企业取得被合并企业资产所有权”的标准，这意味着对于需要办理财产权变更登记手续的资产而言，仅仅实际移交或控制并不足够。但对于新设合并如何办理财产权的转移呢？在2014年《公司法》之前这显然是一个问题。原2005年《公司法》第二十八条规定：有限责任公司股东“以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。”原2005年《公司法》第八十四条规定，股份有限公司的发起人“以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续”。《物权法》第九条规定：“不动产的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”。原《公司登记管理条例》第二十条对申请设立有限责任公司以非货币出资应当向公司登记机关提交的文件做出规定：“股东首次出资是非货币财产的，应当在公司设立登记时提交已办理其财产权转移手续的证明文件”。原《公司登记管理条例》第二十一条对申请设立股份有限

责任公司也做出相应规定："发起人首次出资是非货币财产的，应当在公司设立登记时提交已办理其财产权转移手续的证明文件"。因此，在原2005年《公司法》及有关工商登记法规下，申请公司设立登记时，股东或发起人拟出资设立的公司是一个待法律程序确认的主体，是不能独立享有法律权利和承担法律义务的。此时，股东或发起人以非货币财产出资，要想提交已办理其财产权转移手续的证明文件，除机器、经营用工具等实物外，其他出资如房产、土地使用权、知识产权等，股东或发起人是不可能取得财产权转移手续的证明文件的。但2014年《公司法》改变了这个现状。2014年《公司法》局部取消了法定的最低注册资本限额、分期缴付的强制性规定（包括首次出资的强制性要求）以及验资的要求等，但并没有修订原2005年《公司法》第二十八条和第八十四条的规定，只不过后一条因删除了有关验资的第二十九条而相应地调整为新法的第八十三条而已。在2014年《公司法》下，公司可以自由决定股东缴付注册资本的安排，也就是说在公司设立时发起人或股东可以不用实际缴付任何注册资本而设立公司，提交的设立法律文件也不再要求非货币财产的财产权转移手续的证明文件和验资报告了。所以，原2005年《公司法》和《公司登记管理条例》的规定已经不再成其为障碍。基于这样的原因，新规采用了"当事各方已进行会计处理"的标准是恰当的，理由不再赘述。

还需要注意的是，新规修正了旧规的另外一个"疏漏"。即，旧规仅规定了"完成工商登记变更"，即仅考虑了存续合并的情形，而"疏漏"了新设合并的情形。新规予以了纠正，增加了"工商新设登记"。

【疑难问题10－2】如何理解和适用48号公告有关企业合并重组日确定规则中的——"按规定不需要办理工商新设或变更登记的合并"？

需要注意新增的一个规定——"按规定不需要办理工商新设或变更登记的合并，以合并合同（协议）生效且当事各方已进行会计处理的日期为重组日。"那么，什么是"按规定不需要办理工商新设或变更登记的合并"？让我们来看上位法规59号文对企业合并的定义："合并，是指一家或多家企业（以下称为被合并企业）将其全部资产和负债转让给另一家现存或新设企业（以下称为合并企业），被合并企业股东换取合并企业的股权或非股权支付，实现两个或两个以上企业的依法合并。"实际上，这样的情形很简单并不复杂。因为我们陷入了"思维误区"，只要合并企业在吸收合并交易中完全采用非股权支付作为合并对价，就属于不需要办理工商新设或变更登记的合并。但需要注意的是，如果属于新设合并，则无论如何都会存在工商新设登记。

（5）企业分立重组日的确定

类似于企业合并重组日的规定，新规采用了“当事各方已进行会计处理”的标准取代了“取得被分立企业资产所有权”的标准。理由不再赘述。

综上所述，在企业重组业务中，重组日/重组业务完成年度的确定非常重要，因为重组日/重组完成年度的确定具有如下意义：

①重组日/重组完成年度对于会计处理和税务处理具有重大意义

譬如，59 号文和 4 号公告在适用特殊性税务处理的条件中要求“企业重组后的连续 12 个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动”、“企业重组中取得股权支付的原主要股东，在重组后连续 12 个月内，不得转让所取得的股权”、“《通知》第五条第（三）和第（五）项所称‘企业重组后的连续 12 个月内’，是指自重组日起计算的连续 12 个月内。”这些规定的目的在于保证股东权益连续的时间性要求得以遵从，但是 12 个月的持续期间从什么时点开始起算呢？这就是涉及重组交易什么时点完成的问题，就需要“重组日”来确定；还存在的问题是，在实践中，重组交易的对价支付方式不一，一般采用的支付安排都是分期付款，什么时候确认所得或损失并产生纳税或抵扣义务呢？这个问题在实务中的争议很大且不统一，是否需要用“重组日”来进行统一规范这也是个问题。

②重组完成年度的确定涉及税务机关对特殊性税务处理的征管问题

根据 48 号公告第四条的规定：“重组各方应在该重组业务完成当年，办理企业所得税年度申报时，分别向各自主管税务机关报送《企业重组所得税特殊性税务处理报告表及附表》（详见附件 1）和申报资料（详见附件 2）。”那么，什么是“该重组业务完成当年”呢？现在，48 号公告以“重组日所属的企业所得税纳税年度”来进行统一，避免选择适用从而可能导致的递延纳税。

四、企业重组增值税等其他税收理论及政策

在企业并购重组中，重组各方除了会涉及企业所得税之外，还可能会涉及增值税（营改增）、土地增值税、印花税、契税中的一种或多种。那么我国在并购重组中对这些税种又采取什么样的税收立场和税收规则呢？这是本部分要总体介绍的内容。

（一）企业重组业务的增值税（营改增）政策

在我国税法的历史上，针对企业并购重组中增值税（营改增）的政策经历了“整体转让企业产权不征收增值税和营业税”、“整体转让资产不等于整体转让产权”等阶段。前者具有代表性的文件是《国家税务总局关于转让企业全部

产权不征收增值税问题的批复》(国税函［2002］420号)[①] 和《国家税务总局关于转让企业产权不征营业税问题的批复》(国税函［2002］165号)。[②] 这些文件中的转让企业全部产权的涵义是指“整体转让企业资产、债权、债务及劳动力的行为”,“转让企业产权是整体转让企业资产、债权、债务及劳动力的行为,其转让价格不仅仅是由资产价值决定的,与企业销售不动产、转让无形资产的行为完全不同”。后者具有代表性的文件是《国家税务总局关于青海省黄河尼那水电站整体资产出售行为征收流转税问题的批复》(国税函［2005］504号)以及《国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税政策问题的批复》(国税函［2009］585号)。[③] 整体资产出售“并非整体转让企业资产、债权、债务及劳动力,不属于企业的整体产权交易行为”。目前有效的政策是《国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》(国家税务总局公告2011年第13号,下称“13号公告”)、《国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》(国家税务总局公告2013年第66号,下称“66号公告”)和《国家税务总局关于纳税人资产重组有关营业税问题的公告》(国家税务总局公告2011年第51号,下称“51号公告”),[④] 我们称之为“转让企业全部或部分业务不征增值税和营业税”阶段。其实质基本与最初的产权转让阶段的理念相同,即“将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人”的概念,只不过增加了“部分”资产转让的概念(有一些“业务”转让的意味了)。但是,我们注意到这个规则并没有完全从增值税的理论规则上理顺。在企业重组增值税税收理论和规则中,世界上征收增值税或货物与劳务税(Good and Service Tax)的主要国家在它们的增值税或货物与劳务税法规体系中,都专门有一个“TOGC”规则(即“持续经营下的业务转让”)来规范企业重组中货物转移涉及的增值税问题。即是说,在涉及持续经营下的“业务”(“business”)转让时,给予业务资产转让不予征收增值税的税收待遇。应该说,不同国家有关业务转让中增值税的税收待遇的规定实质内容基本相同。我们将在后文对我国税法的13号公告和66号公告进行介绍。

---

① 该文于2011年3月1日被《国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》(国家税务总局公告2011年第13号)所废止。

② 该文于2011年9月26日被《国家税务总局关于纳税人资产重组有关营业税问题的公告》(国家税务总局公告2011年第51号)所废止。

③ 该文于2011年3月1日被《国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》(国家税务总局公告2011年第13号)所废止。

④ 笔者注:该文自2016年5月1日起,将因财税［2016］36号文的生效执行而失去效力。

需要特别注意的是，在36号文发布并自2016年5月1日起施行后，我国将全面取消营业税。有关资产重组的增值税政策将主要由前述的13号公告、66号公告以及36号文附件2《营改增试点事项规定》第一条第（二）项第5点规定："在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人，其中涉及的不动产、土地使用权转让行为"组成。显然，13号公告和66号公告适用于资产重组中涉及的货物转让，而36号文的规定则适用于资产重组中涉及的不动产和土地使用权转让，但并未涉及除土地使用权以外的其他无形资产。

（二）企业重组业务的土地增值税政策

《财政部 国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知》（财税［1995］48号）原第一条[①]规定："对于以房地产进行投资、联营的，投资、联营的一方以土地（房地产）作价入股进行投资或作为联营条件，将房地产转让到所投资、联营的企业中时，暂免征收土地增值税。对投资、联营企业将上述房地产再转让的，应征收土地增值税。"原第三条[②]规定："在企业兼并中，对被兼并企业将房地产转让到兼并企业中的，暂免征收土地增值税。"《财政部 国家税务总局关于土地增值税若干问题的通知》（财税［2006］21号）原第五条[③]规定："对于以土地（房地产）作价入股进行投资或联营的，凡所投资、联营的企业从事房地产开发的，或者房地产开发企业以其建造的商品房进行投资和联营的，均不适用《财政部、国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知》（财税字［1995］48号）第一条暂免征收土地增值税的规定。"

从上述规则可以看出，对于以土地（房地产）投资或联营用于房地产开发，或者房地产企业以土地（房地产）对外投资和联营的，应当属于土地增值税应税行为。其他的情形都属于国家鼓励投资而暂免征收土地增值税。

需要注意的是，2015年3月23日财政部、国家税务总局联合发布了《财政部 国家税务总局关于企业改制重组有关土地增值税政策的通知》（财税［2015］5号，下称"5号文"），该文对非公司制企业改建和股份制改建、企业合并、企

---

① 财税［1995］48号第一条被《财政部 国家税务总局关于企业改制重组有关土地增值税政策的通知》（财税［2015］5号文）所废止。

② 财税［1995］48号第三条被《财政部 国家税务总局关于企业改制重组有关土地增值税政策的通知》（财税［2015］5号文）所废止。

③ 财税［2006］21号第五条被《财政部 国家税务总局关于企业改制重组有关土地增值税政策的通知》（财税［2015］5号文）所废止。

业分立以及改制重组时以房地产对外投资等土地增值税政策予以了明确。即，对于非公司制企业改建和股份制改建、企业合并、企业分立，如果原投资主体存续或相同的，暂不征土地增值税；对于改制重组时以房地产对外投资的，暂不征土地增值税。同时，5 号文废止了前述的财税［1995］48 号第一条、第三条以及财税［2006］21 号）第五条。笔者将在后续各企业重组类型中进行详述。

（三）企业重组业务的印花税政策

有关印花税的法规和政策依据主要是《中华人民共和国印花税暂行条例》、《中华人民共和国印花税暂行条例施行细则》以及《财政部 国家税务总局关于企业改制过程中有关印花税政策的通知》（财税［2003］183 号）。财税［2003］183 号对企业公司制改造的有关印花税政策进行了详细规定。笔者将在后续各企业重组类型中进行详述。

（四）企业重组业务的契税政策

2015 年 4 月 10 日，财政部、国家税务总局发布了《财政部 国家税务总局关于进一步支持企业事业单位改制重组有关契税政策的通知》（财税［2015］37 号，下称“37 号文”）。37 号文取代了于 2014 年 12 月 31 日到期的原《财政部国家税务总局关于企业事业单位改制重组契税政策的通知》（财税［2012］4 号）。该文针对企业公司制改造、事业单位改制、公司合并、公司分立、企业破产、资产划转、债权转股权、划拨用地出让或作价出资、公司股权（股份）转让等交易行为的有关契税政策进行了规定，该文的执行期限为 2015 年 1 月 1 日至 2017 年 12 月 31 日。总体原则是如果属于企业并购重组行为或者在集团公司内部转移资产的，原则上给予不征或免征的税收待遇。笔者将在后续各企业重组类型中进行详述。

专题 11：企业重组所得税制的三大核心规则与实践

内容概览

在上一专题中，笔者集中介绍了企业重组业务的基础概念和一般理论，但并未涉及我国 59 号文企业所得税制构筑的三大核心规则——股东权益连续性规则、经营连续性规则和合理商业目的规则。我们讲，熟悉和掌握这三大规则之后，企业重组所得税制对于我们来讲将“迎刃而解”。本专题包含如下内容：

■ 股东权益连续性规则及其实践

■ 经营连续性规则及其实践

■ 合理商业目的规则及其实践

一、股东权益连续性规则及其实践

（一）股东权益连续性规则的概念及内涵

59 号文首次确立了企业重组业务所得税特殊性税务处理的一个重要税收规则，即“股东权益连续性”规则。所谓“股东权益连续性”规则是指，基于企业重组经济实质的内在要求，如果一个交易符合免税重组的条件，该交易必须满足一个直接的或间接的股东利益持续要求。即是说，目标公司的原股东通常必须直接在目标资产上保持一个持续的权益（直接持续[①]），或者必须通过获得收购公司的股权在目标营业和目标资产中保持一个持续的权益（间接持续）。显然，公认的最佳的方式就是目标公司的原股东在新的公司形态下持有该公司的表决权股票（指有表决权的普通股），即是说在重组中收取的对价全部或主要部分将是表决权股权对价。我国的股东权益连续性规则基本借鉴了美国联邦公司并购重组税制中的“股东利益持续”（Continuity of interest，“COI”）规则。从美国“股东利益持续”规则的内涵来看，概括地讲，股东权益连续性规则包含

---

① 直接持续通常存在于“纵向吸收合并”中。譬如，上层公司（主要是母公司）在获得的被吸收合并的下层公司（主要是子公司）的资产上的一个直接控制（直接权益连续）。

"质量持续要求"、"数量持续要求"、"时间性要求"以及"远端利益持续"要求四个方面的具体内容。笔者将前述四个方面的具体内容总结如下表 11－1：

表 11－1：股东权益连续性规则的四个方面的内涵

内容	解释
质量持续要求	实际上有关什么样的收购对价构成股权支付对价属于股东权益连续性规则中的质量持续要求的内容。有关股东权益连续的质量持续要求的一般规则是，普通股和适格优先股通常构成符合股东权益连续要求的适格对价。① 即是说，什么性质或形式的对价构成适格对价的问题。在我国公司、税收法律之下，通常公司的股权或股份（普通股）② 构成适格对价。即是说，只要目标公司的股东获得的对价属于收购公司支付的具有表决权的股权或股份即可。譬如，收购公司（特别是上市公司）定向增发自身普通股票作为对价支付给资产出让方就属于股权支付对价。如果采用部分适格对价、部分额外对价③的情形则涉及股东权益连续性规则的数量要求的特别要求。
数量持续要求	股东权益连续的质量持续要求的一般规则解决了现金和其他财产（包括短期票据及可赎回优先股等）不构成适格对价的问题，但它并没有解决目标公司原股东需要在收购交易中收到多少数量的股权支付，或者说在收购公司支付的对价（或交易支付总额）中需要多少比例的股权支付，或者说目标公司原股东在目标公司的投资利益需要转换为收购公司支付股权对价中多少比例时才能满足股东权益连续的要求的问题。这正是股东权益连续的数量持续要求要解决的问题。在各国并购重组所得税立法例中，一般都会要求该比例至少达到 80%（譬如美国联邦税法就要求 80%）或更高的比例，而我国 59 号文则要求达到至少 85% 的比例。
时间性要求	在并购重组实践中，我们经常会发现存在如下两种情形：一是，在重组交易即将发生之前，目标公司的股东向第三人（非收购公司或其控股公司）处置其持有的目标公司股份；二是，在重组交易发生之后，目标公司的原股东立即向第三人（非收购公司或其控股公司）处置其持有的收购公司（或其控股公司）的股份。这两种情形带来的问题就

① 本书使用的"适格对价"是对满足股东权益连续要求的对价的统称，即通常包括普通股、适格优先股等。所谓适格优先股是指可以保障股东权益持续的优先股，通常不包括可赎回优先股。

② 我国《公司法》第一百三十二条授权国务院可以对优先股进行立法。2013 年 11 月 30 日，国务院出台了《国务院关于开展优先股试点的指导意见》（国发［2013］46 号），国发［2013］46 号首次对优先股的试点提出了指导意见。2014 年 3 月 21 日，中国证监会出台了《优先股试点管理办法》（证监会令第 97 号）对有关上市公司发行优先股和上市公司、非上市公司非公开发行优先股试点管理进行了规定。但是截至目前，有关优先股的税收规定并未出台，有关优先股税收问题的讨论可参见专题 8。

③ 所谓额外对价是指本书所称的适格对价之外的对价。

续 表

	是，目标公司的股东这样的处置行为是否违背股东权益连续性规则？因此，在交易完成之前或之后发生的处置行为将被检视以确定它们对股东权益连续性规则的影响。这即是股东权益连续性规则的时间性要求的问题。在59号文的规定中，针对两种情形分别制定了适用规则：对重组后12个月内转让的情形严格禁止；对重组前12个月内处置的情形，总体上应当适用59号文第十条规定的实质重于形式原则和分步交易理论进行审查。
远端利益持续要求①	股东权益连续中的“远端利益持续要求”是指，除了要求目标公司的股东收到收购公司的股份之外，还要求收购公司维持在重组中收到的目标公司的股份或资产的所有权，从而使得目标公司股东在收购公司持续（保留）的所有者权益与目标公司资产和营业不至于“相隔太远”。这即是所谓的“远端利益持续理论”（“remote continuity of interest doctrine”）。“远端利益持续要求”隐含着两层含义，即： 1. 目标公司的股东必须从真正的收购公司（而不是其控股公司②）收到股份； 2. 收购公司不得向下转移收购中收到的目标资产或股份。

（二）59号文有关股东权益连续性规则的规定

企业重组适用59号文特殊性税务处理的规定时，有关股东权益连续性规则的规定主要集中在该文第五条和第六条。

1. 59号文有关股东权益连续性规则的质量要求和数量要求的规定

59号文第五条第（四）项规定：“重组交易对价中涉及股权支付金额符合本通知规定比例。”所谓“本通知规定比例”是指59号文第六条规定的各种重组形式下，“交易各方对其交易中的股权支付部分”的比例规定。比如，对于股权收购重组而言，该比例要求为“收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%”。③ 又比如，对于资产收购重组而言，该比例要求“受让企业在该资产收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%”。④ 所谓“股权支付”是指，“……企业重组中购买、换取资产的一方支付的对价中，以本企业或其控股企业的股权、股份作为支付的形式；所称非股

① 笔者注：远端利益持续要求仅属于美国联邦公司并购重组税制的要求，59号文并没有考虑有关股东权益连续的“远端利益持续”的问题，也没有相关要求的规定。

② 此处的控股公司是指收购公司的控股母公司，这与我国4号公告第六条所规定的控股企业的概念“由本企业直接持有股份的企业”并不相同。

③ 59号文第六条第（二）款。

④ 59号文第六条第（三）款。

权支付，是指以本企业的现金、银行存款、应收款项、本企业或其控股企业股权和股份以外的有价证券、存货、固定资产、其他资产以及承担债务等作为支付的形式”。[①] 其中的“控股企业”是指“由本企业直接持有股份的企业”。[②] 事实上，这正是有关股东权益连续性规则的质量要求和数量要求的规定。

2. 59 号文有关股东权益连续性规则的时间性要求的规定

同时，第五条第（五）项还规定：“企业重组中取得股权支付的原主要股东，在重组后连续 12 个月内，不得转让所取得的股权。”所谓“原主要股东”是指“原持有转让企业或被收购企业 20% 以上股权的股东”。[③] 所谓“企业重组后的连续 12 个月内”是指“自重组日起计算的连续 12 个月内”。[④] 所谓“重组日”是指“…转让协议生效且完成股权变更手续日…”。[⑤] 这正是有关股东权益连续性规则的时间性要求的规定。但遗憾的是，我国税法则仅仅规定了重组完成后的股权出售的时间性要求，并且该要求并没有更加详细的指引或指南。尽管 59 号文第十条的实质重于形式的规定“企业在重组发生前后连续 12 个月内分步对其资产、股权进行交易，应根据实质重于形式原则将上述交易作为一项企业重组交易进行处理”，可以适用于重组之前的处理。但是，笔者以为，我国税法基于反避税的目的，还是详细规定重组前后两个方面的时间性要求为好。

令人遗憾的是，我国 59 号文并没有考虑有关股东利益持续的“远端利益持续”的问题，也没有相关要求的规定。笔者以为，基于在一个关联公司集团内部进行资产的转移，并不改变收购集团整体控制的资源，建议可以借鉴美国税法的规定进行完善。

为了便于理解上述规则，笔者以如下案例来进行说明：

【例 11－1】 威远生化（600803）发行股份购买资产——股东权益连续性规则的理解和适用

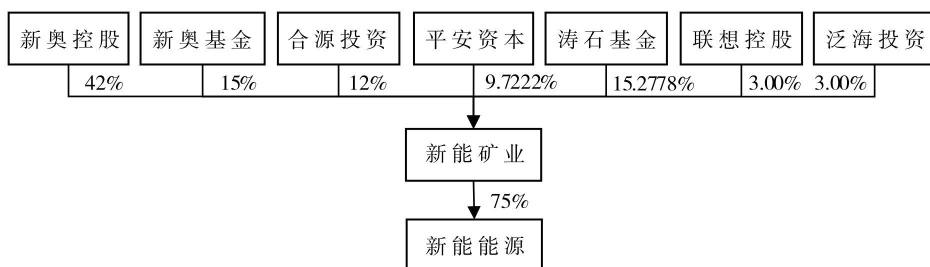
案例背景：

1. 发行股份购买资产重组方案概述

威远生化通过发行股份购买资产及配套融资的方式，购买新奥控股、新奥基金、合源投资、平安资本、涛石基金、联想控股、泛海投资等七个交易对象

① 59 号文第二条。
② 4 号公告第六条。
③ 4 号公告第二十条。
④ 4 号公告第十九条。
⑤ 4 号公告第七条第（二）项。

持有的新能矿业100%股权。其中，部分对价由公司以向上述七个交易对象发行股份方式支付，其余部分（新奥控股向公司出售其所持新能矿业股权的部分价款）由公司以非公开发行股票方式配套募集资金中的一部分支付。上述交易完成后，新能矿业将成为公司的全资子公司。新能矿业的股权结构及控制关系如下图所示：



2. 发行股份的价格及数量

本次重组中，发行股份购买资产的发行价格为首次董事会决议公告日（即2012年2月10日）前二十个交易日公司股票均价的100%，即10.98元/股。本次非公开发行股票配套融资的发行底价亦为10.98元/股。

本次发行股份购买资产的发行股份数量，以经评估机构以2011年12月31日为基准日对标的资产进行评估后确认的公允价值为基准，由各方协商确定标的资产交易价格（即720,000.00万元）后扣除以配套融资获得募集资金支付对价部分（即50,000.00万元），其余部分按照上述公司本次股份发行价格10.98元/股，确认发行股份购买资产的交易对象认购公司本次发行的A股数量。发行股份购买资产的发行数量＝（720,000.00万元－50,000.00万元）÷10.98元/股＝61,020.0364万股，发行股份的数量应为整数，标的资产交易价格和发行价格确定的股份数量中不足一股的余额由本公司以现金分别向交易对方补足。本次重组配套融资拟募集70,000万元人民币，按照发行底价10.98元/股计算，本次重组配套融资拟发行股份数量不超过6,375.2276万股。因此，本次重组上市公司拟发行股份总数不超过＝61,020.0364＋6,375.2276＝67,395.2640万股。

3. 发行股份前后上市公司的股权结构

重组前，上市公司控股股东新奥控股与新奥基金、合源投资构成一致行动人。平安资本、涛石基金构成一致行动人。按本次发行的股数67,395.2640万股计算，上市公司本次重组完成后的股权结构如下：

股东名称	本次交易前		本次发行股数（万股）	本次发行后	
	股数（万股）	持股比例		股数（万股）	持股比例
新奥控股	7,538.8977	24.18%	22,987.2495	30,526.1472	30.97%
威远集团	7,120.3426	22.83%	——	7,120.3426	7.22%
新奥基金	——	——	9,836.0656	9,836.0656	9.98%
合源投资	——	——	7,868.8525	7,868.8525	7.98%
平安资本	——	——	6,375.2277	6,375.2277	6.47%
涛石基金	——	——	10,018.2149	10,018.2149	10.16%
联想控股	——	——	1,967.2131	1,967.2131	2.00%
泛海投资	——	——	1,967.2131	1,967.2131	2.00%
其他股东	16,524.0000	52.99%	6,375.2276	22,899.2276	23.23%
合计	31,183.2403	100.00%	67,395.2640	98,578.5043	100.00%

本次重组前后，上市公司控股股东均为新奥控股，上市公司实际控制人均为王玉锁先生，本次发行未导致上市公司控制权方式变化。

4. 发行股份禁售期

根据披露，本次交易对象上市公司控股股东新奥控股及一致行动人新奥基金、合源投资及其他交易对象联想控股、泛海投资通过本次发行股份购买资产方式（即资产认购方式）取得的上市公司股份自本次发行结束之日起三十六个月内不转让。

本次交易对象涛石基金、平安资本通过本次发行股份购买资产方式（即资产认购方式）取得的上市公司股份自本次发行结束之日起十二个月内不转让。

本次发行对象通过非公开发行股票方式（即现金认购方式）取得的上市公司股份自发行结束之日起十二个月内不得转让。

【评析】1. 本次重组类型和性质的界定

本次重组属于上市公司威远生化发行股份和支付部分现金作为收购对价收购目标公司新能矿业100%股权的股权收购重组。其中，收购方为威远生化，目标公司为新能矿业，出让方为新奥控股等七名股东。

2. 是否满足股东权益连续性规则的界定

（1）质量和数量持续要求

交易支付总额为720,000万元，发行股份支付额670,000万元，现金支付额为50,000万元。其中，威远生化发行股份61,020.0364万股A股股票用于支付

收购新奥控股等 7 名股东持有的新能矿业 93.05%（670,000/720,000）股权的对价，这样的收购对价支付方式属于股权支付，依据 59 号文第二条的规定，威远生化以增发 A 股股票作为支付对价满足有关股东权益连续的质量持续要求。现金对价 50,000 万元支付给新奥控股用于收购其持有的 6.95% 新能矿业股权，属于 59 号文第二条规定的非股权支付对价，不满足股东权益连续的质量持续要求，因为新奥控股已经部分实现股权变现取得现金。因此，本次重组中，股权支付比例 = 670,000/720,000 = 93.06% > 85%，满足 59 号文有关股权支付比例的要求。

新奥控股等 7 名股东重组后合计持有威远生化的股票总数为 61,020.0364 万股，占重组后威远生化总股份的 61.90% [61,020.0364/（31,183.2403 + 67,395.2640）]。其中，新奥控股本次重组取得的威远生化的股权比例为 6.79%，这意味着股东权益连续要求在重组后的公司形态下权益得到持续并不意味着新奥控股在重组交易中必须获得取得控制权的股份（尽管在本例中，新奥控股连同以前持有的股份从而继续保持对威远生化控制）。

（2）时间持续要求

依据 59 号文第五条第（五）项的规定："企业重组中取得股权支付的原主要股东，在重组后连续 12 个月内，不得转让所取得的股权"。依据《上市公司重大资产重组管理办法》（证监会令第 109 号）的规定，本次上市发行股份资产取得股份的 7 名股东自重组完成之日禁售期皆为 12 个月以上，并且他们都出具了承诺函，因此，满足股权权益连续性规则中的时间性要求。

【疑难问题 11 - 1】如何理解和适用 59 号文和 4 号公告规定的"控股企业"？

4 号公告第六条规定，"控股企业"是指"由本企业直接持有股份的企业"。这个问题在 59 号文出台后 4 号公告出台前一直是争议不休的问题，主要分为两种观点：其一是主流观点，即类似于美国联邦税法的规定，"控股企业"是指收购公司的控股母公司，其理由在于只有持有控股母公司的股权才不会对股东权益连续造成破坏；另一种观点是 4 号公告所采取的规定，即由收购公司直接持有股份的公司，该种观点强调的是控股企业的股份属于本企业的投资性资产（股权资产），当然可以用于对价支付。笔者以为，4 号公告这样规定可能并非是要强调股东权益连续，而仅仅是为了强调其作为收购公司的财产可以用于对价支付而已，但这又与 59 号文所规定的股权支付的定义相冲突。国税总局采取这种规定的理由目前还不是很清晰，也没有权威的解释。笔者认为，4 号公告这

样的规定并不妥当。理由在于:

1. 首先,使用收购企业直接持有股份的企业的股份作为对价将导致目标公司股东在目标公司的投资权益丧失持续性,因为收购完成后,目标公司股东持有的股份是收购企业直接持有股份的企业的股份,其并不通过收购企业对目标公司而实现间接持股;

2. 其次,收购完成后,目标公司股东持有的股份是收购企业直接持有股份的企业的股份,而该企业的营业和资产将可能完全与目标公司的营业和资产不同,这导致交易违反经营连续性规则;

3. 最后,控股企业采用这样的概念,将导致59号文规定的目标公司股东和收购方企业获得的股权计税基础的确定计算出现税负的变化,从而违反非货币性资产交换交易中,换入资产的计税基础以换出资产的计税基础确定的原则。

综上,笔者认为我国4号公告应该修订有关“控股企业”的概念为“控股企业是指本企业的控股母公司”。

二、经营连续性规则及其实践

(一)经营连续性规则的概念及内涵

经营连续性规则关注于目标企业本身所从事的营业,而不是交易中收购方所支付的对价。概括地讲,经营连续性规则意指,在一个重组交易后,被收购的企业的营业或资产在新的企业实体下(或变化后的企业形态下)得以继续,而不得将该营业或资产在交易之后予以出售或处置。经营连续性规则的基本原理在于,一个免税重组交易仅仅是相关资产的所有者权益的再调整或者说“仅仅是所有者权益形式的改变”。从这个意义上讲,经营连续性规则和股东权益连续性规则是有关重组交易满足一个免税重组交易的两个“姊妹”规则。

应该说,我国59号文的经营连续性规则基本借鉴了美国联邦税法中的“营业企业继续”(Continuity of business Enterprise,“COBE”)规则。从美国“营业企业继续”规则的内涵来看,营业企业继续理论意味着,一个公司收购满足作为一个重组,当且仅当:收购公司要么继续目标公司的历史性营业(“历史性营业测试”),或者使用目标公司一个营业(不论目标公司历史上是否从事该营业)的历史性资产的一个重大部分(“历史性资产测试”)。[1] 它主要包括如下三个方面的内容:营业继续(“历史性营业测试”)、资产继续(“历史性资产测试”)

① 26 CFR § 1.368-1(d)(1).

和历史性营业资产的转移。笔者将前述三个方面的内容总结如下表11－2：

表11－2：经营连续性规则的三个方面的内涵

内容	解释
营业继续要求	所谓营业继续要求是指收购公司继续从事目标公司的历史性营业。收购公司与目标公司从事相同的营业的话，有利于认定满足营业继续，但是，仅有该事实并不足够。① 通常地讲，一个公司的历史性营业是指其最近所从事的营业。然而，一个公司的历史性营业并不包括作为重组计划一部分而开始从事的营业。②
资产继续要求	所谓资产继续是指，收购公司在一个营业中使用目标公司历史性资产的一个重大部分。③ 一个公司的历史性营业资产是指在其历史性营业中所使用的资产，可能包括股票和证券以及商誉、专利、商标等经营性无形资产，不论它们是否具有一个税基（即我国税法的计税基础）。④ 但是，如果收购公司仅仅在其营业中使用目标公司出售以前的营业性资产所获得的收益（现金或票据）并不足够，或者说，这样的收益不构成历史性营业资产。
历史性营业资产的转移	所谓历史性营业资产的转移类似于远端股东利益持续规则里的资产转移，都涉及是否允许资产转移以及如何转移而不影响营业企业继续要求。

从美国的“营业企业继续”可以看出，该规则并不要求收购公司必须继续目标公司的营业，但是，必须在收购公司的营业中使用目标公司历史性营业资产的一个重大部分。

（二）59号文有关经营连续性规则的规定

59号文第五条隐含了有关适用特殊性税务处理规定时，经营连续性规则的一般性规定。第五条第（二）项规定：“被收购、合并或分立部分的资产或股权比例符合本通知规定的比例。”所谓“本通知规定比例”是指59号文第六条和《财政部 国家税务总局关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知》（财税［2014］109号，下称“109号文”）规定各种重组形式下：“购买的股权不低于被收购企业全部股权的50%”或“受让企业收购的资产不低于转让企业全部资产的50%”的比例规定。第五条第（三）项规定：“企业重组后的连续12

① 26 CFR § 1.368－1（d）（2）（i）.
② 26 CFR § 1.368－1（d）（2）（iii）.
③ 26 CFR § 1.368－1（d）（3）（i）.
④ 26 CFR § 1.368－1（d）（3）（ii）.

个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动。”

我国税法只是对“营业继续”做出了原则规定，即“企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动”。但是，依然存在如下两个方面尚待完善：

（1）没有明确什么是“改变”。譬如，当目标公司同时存在多个营业时，收购重组后，仅从事其中的部分营业，而出售或转移其他部分营业，是否构成“改变”？从事的部分营业是否有判断标准？

（2）如果仅从事历史性营业的“重大”部分构成“改变”的话，那么何为“重大”需要界定。

同时，59号文以及4号公告只是规定“实质性经营资产”是指：“企业用于从事生产经营活动、与产生经营收入直接相关的资产，包括经营所用各类资产、企业拥有的商业信息和技术、经营活动产生的应收款项、投资资产等。”[①] 并没有对什么是“实质性经营活动”进行解释，也没有对什么是“改变”进行解释，这也正是税务实践中最难以明确和界定的地方，截至目前国税总局并没有出台更细致的解释或指引，在税务实践中不可避免地会带来争议。

我国税法的经营继续性规则不但要求收购公司必须继续目标公司的营业，同时还要求必须在收购公司的营业中使用目标公司历史性营业资产的一个重大部分。而这个重大的部分，59号文和109号文的立法者认为至少达到目标公司全部历史性资产的50%的比例才构成重大的部分。

与股东权益连续性规则类似，对于历史性营业资产转移的问题，我国税法并没有相关明确规定。而美国联邦税法则规定，历史性营业资产可以向下转移给“适格集团”（“qualified group”）的一个或多个公司。所谓适格集团，简单地讲即是满足双重80%控制标准的关联公司集团。如股东权益连续性规则部分所分析的那样，笔者认为在关联公司集团内部的转移并不会影响经营连续性要求。

【例11－2】 威远生化（600803）发行股份购买资产——经营连续性规则的理解和适用

基础资料参见【例11－1】。同时，有关本次交易的背景和目的如下：

1. 本次发行的背景

（1）履行前次重组承诺义务

通过前次重大资产重组，上市公司实际控制人将其下属二甲醚相关业务注

---

① 4号公告第五条。

入上市公司。在重组过程中，新能矿业、新能能源等煤炭、甲醇项目仍处于建设过程中，为提高重组效率同时降低上市公司经营风险，该等项目相关资产并未同步注入上市公司。根据上市公司实际控制人王玉锁先生及其下属相关企业在该次重大资产重组过程中做出的关于保证上市公司独立性及消除同业竞争的相关承诺，需要在上述项目建成后，进行相关同业竞争资产的注入工作。

（2）本次交易符合国家产业发展规划

近年来，国家发改委及相关监管部门先后出台了多项产业政策，从产业布局、规模与工艺、能源消耗、安全环保以及监督管理等方面对煤炭、煤化工行业的发展予以引导和规范，抑制低水平重复建设，鼓励行业内优势企业通过规模化、集约化经营，大力发展循环经济。

新能矿业是内蒙古自治区上规模的煤化工企业之一，目前拥有原煤年开采量500万吨及年产60万吨甲醇的生产能力。本次通过向威远生化注入优质煤矿及煤化工资产，可形成较为完整的“煤—煤化工”一体化的循环经济体系，产业布局和发展模式契合国家产业政策的要求。同时，可实现大股东煤炭及煤化工业务整体上市的目的。

2. 本次发行的目的

（1）有效减少关联交易和避免潜在同业竞争，保护中小股东利益。本次拟注入资产新能矿业、新能能源与本公司存在关联交易及潜在的同业竞争等。本次发行完成后，新奥控股与威远生化之间现存的关联交易及部分产品的潜在同业竞争问题将得到有效解决，增强上市公司独立性，有利于充分保障上市公司中小股东的利益。

（2）提升上市公司的盈利水平和竞争能力

2011年，上市公司实现营业收入177,770.38万元，净利润4,835.01万元。本次重组完成后，上市公司盈利能力将大幅提升，全面提高了上市公司的综合竞争力。

【评析】在本次重组中，威远生化收购了标的公司新能矿业100%股权，超过59号文所要求的50%比例，因此满足经营连续性规则中的“资产继续”要求。同时，从案例来看，上市公司威远生化收购新能矿业是基于有效减少关联交易和避免潜在同业竞争以及提升上市公司的盈利水平和竞争能力之目的，威远生化不会在重组完成日后12个月内转让新能矿业股权，亦不会出售标的公司新能矿业的任何实质经营性资产。因此，本次重组符合59号文有关经营连续性规则的要求——“购买的股权不低于被收购企业全部股权的50%”和“企业重

组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动。”同时，亦满足具有合理商业目的的要求——“具有合理的商业目的，且不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的。”

【疑难问题11-2】如何理解和适用59号文规定的“不改变重组资产原来的实质性经营活动”中的“改变”?

59号文第五、六条规定“企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动。”但是，59号文只是原则规定不得“改变”，并没有对什么是“改变”进行详细解释。特别是，当目标公司同时存在多个营业时，收购重组后，仅从事其中的部分营业，而出售或转移其他部分营业，是否构成“改变”?从美国联邦税法来看，这个问题交给税务机关和司法机关根据具体情况来分析。尽管如此，从联邦财政规章和某些税收裁定来看，笔者还是总结出如下几个可以参考的因素：

1. 被处置的营业是否是公司的营业或核心营业，是否是公司盈利的主要来源或在可预见的未来将成为企业盈利的主要来源；

2. 被处置的营业占公司整体价值的比例以及与其他营业的相对比例；

3. 被处置的营业是否仍然受整个关联公司集团控制等。

三、合理商业目的规则及其实践

（一）合理商业目的规则的概念及内涵

通常地讲，合理的商业目的是指任何重组交易必须具有合理的商业目的，不得为了规避征税而伪装成一个企业重组形式的工具。因此，如果一个交易缺乏一个合理的商业目的的话，将不得作为一个有效的重组。或者说，商业目的理论本质上要求，当一个交易除了税收规避或减少的目的之外，不存在任何实质性的、重大的营业目的的话，将不得作为一个有效的重组。

应该说合理商业目的规则借鉴了美国联邦税法中的“营业目的”（business purpose，“BP”）规则。从美国“营业目的”规则的内涵来看，营业目的理论要求企业并购重组交易除税收规避或减少的目的之外，至少含有一个以上的主要的营业目的。应该说，美国《联邦税收法典》第368条下的营业目的要求并不是太清晰，或者说它适用的范围非常广泛并具有主观动机考察。但是，如果一个交易唯一的目的是最小化联邦所得税税收，则该交易不太可能符合一个重组

的定义。正如在 Wortham Machinery Co. v. United States[①] 一案所展示的那样，纳税人的两个全资子公司兼并的唯一目的在于可以利用其中一个子公司的净营业亏损，则由于商业目的的缺乏而不符合一个兼并重组的要求。反之，如果两个非关联公司如此兼并，不必考虑税收问题，只要主要有利于合并其营业和运营，则该交易将满足商业目的要求。

从美国联邦税法来看，合理商业目的规则主要包括普通法渊源和制定法渊源两个方面：

1. 普通法渊源

合理商业目的规则的普通法渊源来自于众多的普通法判例。譬如，在 Gregory v. Helvering[②] 一案中，联邦最高法院认为："简单地，一个不具有营业或公司目的的运作——仅仅作为一个工具，该工具为了隐藏其真实特性和目的以及为了预想的、并非一个营业或一个营业的任何部分的重组，仅是向申请人的一宗公司股份的转移的计划完成而伪装为一个公司重组形式。"则，这样伪装的为避税目的的重组不具有合理的商业目的。又譬如，在 Helvering v. Elkhon Coal Co.[③] 一案中，联邦最高法院认为，由于适用分步交易理论，该交易整体上缺乏必要的、合理的商业目的，因此，纳税人将资产转移给收购公司以换取收购公司的股份以及纳税人随后对被收购公司的清算属于一个应税事件。

2. 制定法渊源

合理的商业目的规则的制定法渊源主要来自于联邦财政规章以及众多的税收裁定、税收规章中。有关第 368 条的最终规章规定，"营业急迫需要"（business exigencies）是一项交易满足重组要求的必要条件。[④] 同时，"（重组）条款的明确规定以及其隐含的假设和目的必须得到满足…",[⑤] 以及"该交易和该行为必须是一个正常和必要的企业经营行为的事件…",[⑥] 并且"一个计划，涉及违反与税收即将发生的交易有关的正常重组程序，仅仅作为一个工具，该工具为了隐藏其真实特性和目的以及为了预想的、不具有商业或公司目的的计划的

---

① Wortham Machinery Co. v. United States, 521 F. 2d 160 (10th Cir. 1975). 该案案情如下：一个个人持有两个公司所有的股份，其中一个公司拥有重大的向前递延的净营业亏损（NOL）。两个公司进行的兼并并没有将他们联合进行运营的目的和意图，唯一的目的在于可以使得该净营业亏损可以被利用。因此，该兼并因缺乏商业目的而不符合一个重组的要求。

② Gregory v. Helvering, 293 U. S. 465 (1935).

③ Helvering v. Elkhon Coal Co. 95 F. 2d 732 (4th Cir. 1937).

④ 26 CFR § 1.368 – 1 (b).

⑤ 26 CFR § 1.368 – 1 (b).

⑥ 26 CFR § 1.368 – 1 (c).

完成而伪装为一个公司重组形式，不是一个重组计划。”[①] “第368（a）条款关注于真实的公司重组，该重组被设计为使得在改变后的公司形式下权益得以继续的再调整。”[②] 税收裁定和税收规定主要是国税局针对具体的案情进行的特别裁定和规定，限于篇幅，在此不再详述。

从上述规定可以看出，合理的商业目的的判断主要是一个主观的综合判断，税务机关应当综合所有的事实和情况予以考虑。

（二）59号文有关合理商业目的规则的规定

59号文第五条第（一）项规定：“具有合理的商业目的，且不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的。”这即是合理商业目的规则的一般性规定。应该说该规则包含两个方面的内容：首先，必须“具有合理的商业目的”；其次，必须同时“不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的。”

从上位法渊源来看，企业重组的合理商业目的规则来源于新的《企业所得税法》第四十七条：“企业实施其他不具有合理商业目的的安排而减少其应纳税收入或者所得额的，税务机关有权按照合理方法调整。”这是一个兜底性的反避税条款。《企业所得税法实施条例》第一百二十条对“不具有合理商业目的”进行了解释：“企业所得税法第四十七条所称不具有合理商业目的，是指以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的。”《特别纳税调整实施办法（试行）》（国税发［2009］2号）第九十四条进一步明确规定：“税务机关应按照经济实质对企业的避税安排重新定性，取消企业从避税安排获得的税收利益。对于没有经济实质的企业，特别是设在避税港并导致其关联方或非关联方避税的企业，可在税收上否定该企业的存在。”《一般反避税管理办法（试行）》（国家税务总局令第32号，下称“32号令”）[③] 第二条规定：“本办法适用于税务机关按照企业所得税法第四十七条、企业所得税法实施条例第一百二十条的规定，对企业实施的不具有合理商业目的而获取税收利益的避税安排，实施的特别纳税调整。”第四条规定：“避税安排具有以下特征：（一）以获取税收利益为唯一目的或者主要目的；（二）以形式符合税法规定、但与其经济实质不符的方式获取税收利益。”可见，32号令则主要对一般反避税安排实施特别调整的程序进行了规定。尽管有这些规定，但是遗憾的是对于如何判断“合理商业目的”我国现

---

① 26 CFR § 1.368－1（c）.

② 26 CFR § 1.368－2（g）.

③ 32号令于2014年12月2日颁布，于2015年2月1日起施行。

行法规并没有过多的解释，《企业所得税法实施条例》第一百二十条的解释也不具有实际上的可操作性。

应该说，“合理的商业目的”具有无形性，对于它的判断一方面必须依赖于各种客观事实，另一方面又取决于税务当局对客观事实的认知和主观意愿，这里给予了税务当局很大的自由裁量权。因此，如何正确适用 59 号文第五条第（一）项是实践上的一个难题。

专题12：企业重组所得税制的“债务承担”规则与实践

内容概览

在上一专题中，笔者介绍了企业重组企业所得税制的三大核心规则。在本专题中，笔者将针对股东权益连续性规则中的一个特殊规则进行讨论。即，在实践中，如果出现收购方同时承担目标公司或出让方的“债务”时，如何适用股东权益连续性规则？我国的59号文对此是如何规定的呢？这正是本专题要讨论的话题。本专题包含如下内容：

■ 59号文“债务承担”规则及其评述

▶ 59号文“债务承担”规则的涵义

▶ 59号文“债务承担”规则的局限性

■ 美国联邦公司并购所得税制“债务承担”规则借鉴

▶ 美国税制“债务承担”规则的规定

▶ 美国税制“或有负债承担”规则的司法实践与制定法规定

▶ 美国税制“债务承担”规则对我国税法的借鉴

一、59号文“债务承担”规则及其评述

（一）59号文“债务承担”规则的涵义

59号文第二条规定：“……所称非股权支付，是指以本企业的现金、银行存款、应收款项、本企业或其控股企业股权和股份以外的有价证券、存货、固定资产、其他资产以及承担债务等作为支付的形式。”按照前述规定，譬如，在资产收购重组交易中，收购公司承担目标公司的债务属于非股权支付。实际上，该条规定涉及的是另外一个非常重要的企业重组税法规则——“债务承担”规则。债务承担规则要解决的核心问题是收购公司承担目标公司的债务属于股权支付还是非股权支付的问题，或者说收购公司承担目标公司的债务时，目标公

司是否对其确认收入并进而承担纳税义务的问题。

纵观各国公司并购重组税制的演变，对此问题主要存在如下两种观点：

观点一：“资产”观。该观点将“承担债务”视为支付对价的一部分，并且属于非股权支付。该观点的核心思维就是收购公司收购的是标的资产，并不是收购的负债，承担负债相当于支付现金给对方并偿还负债。因此，在确定收购交易的总对价时应以标的资产的作价为准，或者以交易中实际支付的对价和承担的债务之和为总对价。

观点二：“净资产”观。该观点认为收购交易尽管购买的标的是对方的资产，但承担债务后，实际支付的对价总额其实仅仅是“净资产”（资产减去负债）的价格。该观点的核心思维就是收购交易的总对价仍然按照标的资产的价格来确定，[①] 承担的负债在计算是否满足特殊性税务处理条件的股权支付比例时不视为非股权支付对价予以忽略。

上述两个观点看上去都有一定道理，但从税法的视角来看，这既是一个简单的问题，也是一个比较复杂的问题，但采用何种观点对税务后果的影响都可能是巨大的。从59号文第二条的规定来看，显然采用了“资产”的观点。以资产收购重组为例，收购方一般以目标公司的资产和负债（净资产）的公允价值作为基准来确定收购支付的对价。从合同法原理来分析，按照《合同法》的规定，合同的标的是合同法律关系的客体，是合同当事人权利和义务共同指向的对象。通常包括有形财产、无形财产、劳务以及智力成果等。因此，资产收购中，收购方收购的标的资产是目标公司拥有的资产，收购方实际支付的对价包含两个部分：一是，就目标公司资产公允价值减去负债的部分支付的对价；二是，承担的目标公司负债的部分。其实质是目标公司标的资产卖了部分价款，收购方承担目标公司债务支付了部分价款。从此意义上讲，59号文的规定在合同法理论上是没有问题的。但它可能会极大地阻碍企业并购重组交易的进行（见后文详述）。让我们以下例来进行说明：

【例12－1】资产收购重组中的债务承担

假定，目标公司T公司拥有资产的公允价值为100,000元，债务为20,000元。P公司以发行价值80,000元的普通股股票、承担20,000元债务作为对价收购T公司的资产。那么，在本资产收购交易中，交易支付总额、股权支付额分别是多少？

---

① 笔者注：从此意义上讲，“净资产”观本身的提法就并不严谨，因为交易支付总额是按照标的资产的价格而不是“净资产”价值来予以确定，该观点的核心仅仅是将承担的债务视为股权支付处理。为便于表述，本书继续沿用“净资产”观的提法。

【解析】如上所述，在实践中，存在两种处理观点：

观点一：在资产收购交易中，P 公司实际收购的是 T 公司的全部资产，P 支付的对价总额为 100,000 元，包括支付的价值 80,000 元的表决权股票和承担 20,000 元债务两部分。因此，交易支付总额为资产的公允价值 100,000 元，股权支付额为 80,000 元，非股权支付额为 20,000 元，股权支付比例为 80% < 85%，不满足特殊性税务处理的要求。

观点二：在资产收购交易中，P 公司实际收购的是 T 公司的全部净资产，P 承担的 T 负债属于净资产的一部分，不属于非股权支付。交易中，交易支付总额为 80,000 元，股权支额为 80,000 元，股权支付比例为 100%，满足特殊性税务处理的要求。

两种观点最大的区别在于，观点一认为收购的标的为资产，而观点二则认为收购的标的为净资产。

从 59 号文的规定来看，观点一显然是正确的。但需要注意的是，实践中，如果目标公司负债的比例超过资产公允价值总额的 15% 时，从所得税角度就应该考虑剥离部分债务或者选择不承担债务或仅仅只承担部分债务的方式来进行并购交易。

在了解 59 号文对承担债务的基本立场和态度之后，让我们再来看实践中发生的一个很有意味的案例。笔者抽象描述如下：

【例 12－2】股权收购重组中，收购方对出让方股东未缴付注册资本的抵消

假定，A 公司（非居民企业）100% 控股境内两家居民企业 B 公司和 C 公司。现 A 公司将其持有的 100% C 公司股权转让给 B 公司。转让完成后，C 公司成为 B 公司的全资子公司。A 公司持有的 100% C 公司股权的计税基础为 2500 万元，评估价格为 10,000 万元。

转让前，B 公司注册资本 2,700 万元中有 1,700 万未到位。A 公司和 B 公司在转让协议中约定：股权收购价格为 2,500 万元，其中 1,700 万元为注册资本实际缴付到位，800 万元为新增注册资本。即是说，A 公司其实是将 C 公司的股权作价 2,500 万元，投资到 B 公司中，其中 1,700 万元是填补原先的注册资本未到位的缺口，800 万元是 B 公司新增资本。B 公司增资后的注册资本为 3500 万元。

上述的股权收购交易已得到 C 公司所在地商务部门批准。B 公司已完成工商变更登记，且已事先获得当地商务局批文：同意 1,700 万元未到位的注册资本改为股权出资，同意新增注册资本 800 万。上述交易满足 59 号文第七条第（二）项所规定的跨境重组交易。

问题：本交易中，交易支付总额以及股权支付额分别为多少？

【解析】1. 交易路径和交易性质的判定

站在居民企业B公司的视角，该交易可以视为B公司增发股权作为对价（暂不管股权支付比例为多少）收购了A公司持有的100%C公司股权，这属于典型的股权收购交易。

2. 选择按照股权收购重组的所得税处理

假定除了59号文第六条第（二）项规定的条件之外的其他要求都满足，则：

（1）是否满足"收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的50%"？

结论是显然满足的，B公司购买了100%的C公司股权。

（2）是否满足"收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%"？

①该交易中，交易支付总额是多少？

一般情况下，交易的支付总额（即总对价）是由交易各方协商确定的。那么，在本交易中，2,500万元是否就是交易的支付总额呢？笔者认为，并不是这样。因为，即使假定C公司净资产账面价值也为2,500万元的话，按照账面价值2,500万元作为长期股权投资的初始成本并没有问题，但这仅仅是站在会计处理上同一控制下资源并没有脱离控制的角度来规定的（其实这是中国会计准则的"特色"，国际会计准则只有"购买法"），并不是税法意义上的交易价格，税法上即使是关联方之间的交易也需要按照独立主体之间的独立交易原则来处理。因此，本交易中，2,500万元显然远远小于10,000万元的评估价，并不公允，并不能依据协议约定价值来确定。实质上还是要以标的资产的公允价值（评估价）来确定。如果协议价值与评估价值差异并不大，认可为交易支付总额也未尝不可。因此，本交易中交易支付总额为10,000万元。

②该交易中，股权支付金额是多少？

首先，根据《公司法》第二十八条规定："股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。"因此，从公司法规定和理论来看，A公司对B公司负有缴付出资的义务。从某种意义上看，也可视为B公司拥有对A公司的债权。所以，A公司以其持有的100%C公司股权作为出资

投入到B公司中，其中1,700万元仅仅属于A公司在设立B公司后未缴付义务的清结，或者说B公司以拥有对A公司的1,700万元的债权作为对价支付给A公司而换取了价值1,700万元的C公司股权；同时，从公司法理论来看，该A公司认缴的1,700万元出资额属于B公司已经发行在外的股权，对其变更为以股权出资并不会增加注册资本的总额，也就意味着B公司并没有新增发股权，所以就不会构成本次股权收购交易或本次股权出资的股权支付对价。事实是，该1,700元的股权是A公司设立B公司时，B公司获得A公司认缴的出资额的催缴权利而发行的股权的对价；

其次，B公司还增发了价值800万元的股权给A公司换取了价值800万元的C公司股权，显然这属于股权支付对价。需要注意的是，即使计入实收资本（A）中的金额不到800万元，也并不意味着该股权就不值800万元，因为有限责任公司的股东享有被投资公司的权益是按照股权比例来分享的，它实质对应的是净资产的份额。

由于，增资前B公司的注册资本为2,700万，B公司增资后注册资本为3,500万。因此，B公司收购时的净资产的公允价值X计算如下：

1/（1+X）=800/3500

解得：X=3.375（亿）

A公司增资部分的权益在增资后的B公司的股权比例应该这样来计算：1/（1+3.375）=22.86%。A公司投入10,000万元计入资本公积（资本溢价）的金额=10,000－800=9,200（万）。由于其中的1,700万元并非新增发股份作为支付对价，仅仅是抵消欠缴的出资义务。所以，本案例本次增资中实际应计入资本公积（资本溢价）的金额=9,200－1,700=7,500（万）。

按照《合并准则》和《长期股权投资准则》的规定（同一控制下的控股合并），采用权益法核算，B公司的会计处理如下：

借：长期股权投资——C　2,500（假定C公司净资产账面价值为2,500万）

贷：实收资本——A　　　2,500（1,700+800）

需要注意的是，上述分录中的实收资本（A）2,500万包含了A公司以前对B公司认缴的出资额而未实缴的1,700万。从工商登记来看，本次交易只变更增加注册资本800万。

那么，问题出来了，从会计处理上看，企业实际只收到2,500万的资产，那么剩余的7,500万哪去了？笔者认为这个问题其实很简单，因为这个时候B公司账面反映的仅仅是资产的历史成本价值，而并没有反映其资产的公允价值

（增值部分）。如果用购买法来核算的话，还需要计入资本公积（溢价）7,500万。其会计处理（购买法）如下：

借：长期股权投资——C　　10,000

贷：实收资本——A　　2500（1,700+800）

资本公积——资本溢价　7,500

分析结论：如果总对价为2,500万元，则股权支付比例=800/2,500=32%<85%，整个交易不满足特殊性税务处理的条件。如果总对价为10,000万元，则股权支付比例=（10,000-1,700）/10,000=8,300/10,000=83%<85%，也不满足特殊性税务处理的条件。因此，整个交易不能适用特殊性税务处理，只能适用一般性税务处理。

（二）59号文"债务承担"规则的局限性

从上述第（一）部分的论述以及【例12-1】来看，尽管从合同法对价理论上分析，观点一更具有科学性，但笔者认为我国税法宜采用观点二的立场更契合并购重组的实践。理由如下：

1. 在承担债务的资产收购交易中，目标公司并没有实际收到收购公司承担债务而支付的现金，从纳税必要资金原则来看，目标公司并无即时的纳税义务；

2. 在实务中，并购重组的当事方通常都以"净资产"作为作价的基准，尽管"净资产"严格讲不是一个法律概念，而是一个会计上的概念，但是将它视同为一个资产概念在实务中更便于并购重组的进行；

3. 在实务中，目标公司往往负有大量的债务或资产上负担有大量的债务，如果将收购公司承担目标公司的债务视为非股权支付的话，大量的资产并购交易将不能享受免税重组的税收待遇，从而促使交易方采取如下两种方式：一是，只收购目标公司资产而保留债务在目标公司，这种方式会阻碍交易的进行，原因在于目标公司除获得收购公司的股权之外，没有其他任何现金或足够的现金用于偿还到期债务，从而导致目标公司面临"现金破产"或导致它进一步变卖收到的收购公司股权，从而可能导致整个交易不符合免税重组的要件；二是，通过股权收购重组来完成，这种方式同样可以达到重组的目的，只不过目标公司变为了收购公司的子公司而已，而它的不足之处在于，如果收购公司并不计划完全收购目标公司全部资产时，目标公司可能需要剥离部分资产；

4. "净资产"的观点，从整个税收的角度并无实质影响。如果以净资产作为标的，则资产实现的收益（若有）将继续内含在资产中，直到收购公司变卖该等资产时予以实现（同时承担债务部分对应的资产收益同时实现），只不过递

延确认而已。从此意义上看，只是纳税时点的不同。

让我们对此问题进一步拓展。59号文有关债务承担视为非股权对价的规定，在企业合并重组中又如何适用呢？在企业合并重组中，合并企业收购被合并企业全部资产和负债，视为合并企业承担了被合并企业的全部债务。因此，在判断企业合并是否满足特殊性税务处理的条件之“企业股东在该企业合并发生时取得的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%”时，往往以被合并企业的资产（而非净资产）的公允价值（或协商的作价）作为“交易支付总额”，以支付的股权支付金额除以“交易支付总额”来计算股权支付比例。当被合并企业的资产负债率较高或很高时，企业合并往往不可能满足前述要求，这将极大地阻碍企业合并重组的并购活动。类似的问题还会出现在企业分立中，我们知道在实务中被分立企业往往将资产和负债一并分立，此时，分立企业承继的被分立企业的负债是否认定为“非股权支付”呢？按照59号文的规定，似乎应当认定为非股权支付，如果是这样可能实务中的企业分立也大多会成为应税分立了。

综上所述，笔者认为，总体上看，59号文有关“承担债务”属于非股权支付的规定在适用于企业重组时，可能不可避免地将导致大量的并购交易不满足特殊性税务处理的要求，而这些交易可能本身具有合理的商业目的，应当予以鼓励。鉴于59号文基本借鉴的是美国联邦税法的相关制度，那么，美国联邦税法在此问题上的态度是如何演变的呢？概括地讲，在早期的美国联邦税法中，美国税法采取的是“资产”观点。但是，在实践中，目标公司往往存在大量的负债或者被收购资产上负担有大量的负债，如果将承担负债视为额外对价，将极大地阻碍企业重组交易的进行，这与美国政府鼓励企业重组的价值取向相违背。因此，后来的联邦税收法典和财政规章修订了Hendler案①规则而采取了目前的“净资产”规则（详见后文）。显然，我国59号文仍然采取美国税法早期的“资产”观点。

所以，国税总局不妨借鉴美国联邦税法的规定进行完善——即是说，如果承担的债务与目标资产是相关联的，则该负债不视为非股权支付。所谓与资产相关联的负债，系指与该资产共同构成一项业务的负债。所谓业务可以参照《企业会计准则第20号——企业合并》应用指南第五条规定的概念来进行确定：“业务是指企业内部某些生产经营活动或资产的组合，该组合一般具有投入、加

---

① U. S. v. HENDLER, 303 U. S. 564（1938）. HENDLER案确立的规则就是，收购方承担的目标公司的债务视为现金对价，目标公司应确认该部分的所得。该规则与59号文目前有关债务承担视为非股权支付对价是一致的。

工处理过程和产出能力，能够独立计算其成本费用或所产生的收入，但不构成独立法人资格的部分。比如，企业的分公司、不具有独立法人资格的分部等。”

二、美国联邦公司并购所得税制“债务承担”规则借鉴

（一）美国税制“债务承担”规则的规定

美国联邦公司并购重组税制中有关“债务承担”规则集中在 IRC 第 357 条。第 357 条规定了“债务承担”不视为现金或其他财产的一般规则，[①] 同时还规定了两个例外的情形：“避税目的”例外[②]和“债务超计税基础”例外。[③] 笔者对此介绍如下：

1. 债务承担规则的涵义

IRC 第 357（a）条款确立的债务承担规则如下：

“除非第（b）和（c）款另有规定，如果——

（1）纳税人接收第 351 条[④]或第 361 条[⑤]下被许可接收的、如果该财产是唯一对价且系不确认收益的财产，并且

（2）作为对价的一部分，交易另一方承担纳税人的一个债务，

那么该债务承担不得被视为现金或其他财产，且不得阻碍交易符合第 351 条或第 361 条之规定。”

上述规则实质包含了如下两个方面的涵义：

一是，在公司组建过程中，股东向受让公司移交的财产往往会负担有债务，比如抵押或按揭等，或者在组建时合资协议明确约定公司将承担股东的某些债务，比如应付账款等。那么公司为股东承担债务将对税收待遇产生什么样的影响呢？上述规则表明，如果一个纳税人在第 351 条下投资设立公司或对公司资本投入时，仅仅收到不确认收益的股票的，且同时被投资公司还承担了该纳税人的一个债务的，该债务并不视为现金或其他财产。

---

① 26 USC § 357（a）：General rule.

② 26 USC § 357（b）：Tax avoidance purpose.

③ 26 USC § 357（c）：Liabilities in excess of basis.

④ IRC 第 351 条系“有关向转让人控制的公司的财产转让”的规定，实质就是公司组建和资本投入的税法规则。笔者已经在本书“专题 1：非货币性资产投资的税务问题”中进行过介绍。

⑤ IRC 第 361 条系“公司收益或损失的不确认；分配的处理”规则的规定。该条第（a）款规定，如果一个公司是重组的一方，并且按照重组计划，以其财产仅仅交换作为重组一方的另一公司的股票或证券的话，该公司不应确认任何收益或损失。该条规定实质就是重组交易中，收取股票对价不确认收益规则的规定。

上述规定的实质在于，通常情况下，负担有负债的财产的净值往往大于零（即财产的公允价值往往大于负债的金额），而交易对价一般按照财产的净值进行，这种情形下转让人并没有实际收到额外对价。[①] 因此，公司承担股东的债务不视为股东收到额外对价。

二是，在第361条适用的公司重组中，如果收购方发行自身股票作为对价收购目标公司资产的同时还承担了目标公司的负债，由于自身股票属于股权支付对价，不确认收益或损失，因此，对负债的承担不视为额外对价。

除上述规定外，对于"C"型重组，[②] 美国财政规章（Code of Federal Regulations，"CFR"）还规定，"在决定交易是否满足'仅仅使用表决权股票'要求时，收购公司对出让公司的债务的承担，或从出让公司收购的资产负担有一个债务的事实，应当被忽略。"[③]

【例12-3】美国联邦税法"债务承担"规则示例（一）

假定，目标公司T公司拥有资产的公允价值为$100,000，债务为$10,000。P公司以发行价值$90,000的表决权股票、承担$10,000债务作为对价收购T公司的资产。该交易属于美国联邦税法上的C型重组，即资产收购重组。由于在P公司对T资产的收购中，除承担债务之外的唯一对价是不需要确认收益的自身表决权股票，即使作为对价的一部分，还同时承担了T公司债务，但该债务在确认是否"仅仅使用表决权股票"要求时将被忽略，即是说，P公司支付了价值$100,000的对价，股权支付比例＝$100,000/$100,000＝100%。

需要注意的是，仅仅使用表决权股票要件只是要求目标公司至少80%的资产是由表决权股票为对价来交换即可，也就是说，可以有最大20%的现金或其他财产作为额外对价。联邦财政规章对此规定到："尽管这样的债务承担并不阻止一个交易满足第368（a）（1）（C）条款[④]规定的仅仅使用表决权股票的要件，然而，它可能在某些情形下，极大地改变了交易的特性以至于将其置于重组条款的立法意图和假设之外。第368（a）（1）（C）条款并不阻止以承担交易的一般特性之上的债务的方式作为对价。但是仅仅规定了，如果仅有的额外对

---

① 笔者注：此出的额外对价英文是"boot"或"additional consideration"。意指表决权股票之外的财产，比如无表决权股票、现金、证券以及其他财产等。

② 笔者注："C"型重组类似于我国59号文规定的资产收购重组。

③ 26 CFR § 1.368-2（d）（1）.

④ 笔者注：该条款规定的就是"C"型重组。

价是债务承担的话，仅仅使用表决权股票作为交换对价的要求应当被满足。”[①]

上述规定的实质含义在于，对于C型重组，如果采取债务承担作为对价的同时，还采取现金、证券等其他财产作为额外对价，则“仅仅使用表决权股票”的要件将被视为没有得到满足。也就是说，同时使用债务承担和现金、证券等其他财产作为对价时，“债务承担”规则将不适用，即债务承担将被视为支付了现金等价物而与其他额外对价合并计算，而不得被忽略。

【例12-4】美国联邦税法“债务承担”规则示例（二）

假定，目标公司T公司拥有资产的公允价值为$100,000，债务为$10,000。P公司以发行价值$82,000的表决权股票、承担$10,000债务以及支付$8,000现金作为对价收购T公司的资产。该交易属于美国联邦税法上的C型重组，即资产收购重组。由于在P公司对T资产的收购中，除承担债务之外的对价包括不需要确认收益的自身表决权股票和部分现金，即是说自身表决权股票并非是除承担债务之外的唯一对价（还包括部分现金），因此，在计算非股权支付对价时需要将承担债务$10,000和支付$8,000现金合计计算为18%［（$10,000+$8,000）/$100,000）］，该比例并没有超过20%的现金豁免上限，所以该重组可以享受免税待遇；如果T公司的债务是$50,000的话，则不能存在除表决权股票之外的任何额外对价，因为如果存在则将导致不符合重组的条件。原因在于，单单计算债务承担的比例已经为50%（$50,000/$100,000）>20%。

2. 债务承担规则的例外规则

如前所述，IRC第357（b）、（c）条款还规定了不确认收益待遇的两个例外（下称“第357（a）条款例外”）：

（a）“避税目的”规则（“第357（b）条款”规则）：具有规避交换中的联邦所得税的目的；[②] 若非避税之目的，则具有一个非真实的（bona fide）商业目的；[③]

（b）“债务超计税基础”规则（“第357（c）条款”规则）：

（i）“第357（c）（1）（A）条款”规则：在一个第351条（向转让人控制的一个公司转移财产）适用的交换[④]（参见【例12-5】），或

① 26 CFR § 1.368-2（d）（1）.
② 26 USC § 357（b）（1）（A）.
③ 26 USC § 357（b）（1）（B）.
④ 26 USC § 357（c）（1）（A）.

（ⅱ）“第357（c）（1）（B）条款”规则：重组涉及资产被转移到的公司（受让公司）的股票或证券在第355条[①]下的一个交易中被分配，因D型重组的一个计划的原因而第361条适用，则受让公司承担的债务超过被转移资产的调整后计税基础，则超过部分将被视为来自于处置一个资本资产或非一个资本资产的财产的出售或交换所获得的收益。[②]

如果你对美国重组税法没有基本了解的话，上述IRC条款会显得晦涩难懂，其实也简单，笔者介绍如下：

（1）“避税目的”规则（“第357（b）条款”规则）

如前所述，如果纳税人基于“避税目的”，则整个承担的债务部分将被视为额外对价而不仅是超过计税基础部分（超额部分）。但是如何判断是否基于“避税目的”则没有统一的规则，需要根据所有事实和情形进行具体分析。

（2）“债务超计税基础”规则（“第357（c）条款”规则）

①公司组建或资本投入中的债务超计税基础规则（“第357（c）（1）（A）条款”规则）

第357（c）（1）（A）条款规则要解决的问题在于，如果一个人在第351条适用的一个交换中将财产转移到一个受控子公司，受控子公司以其股票和承担该人债务为对价进行交换，如果承担的债务（包括财产上负担的债务）总额超过被转移的财产的调整后计税基础的话，则超额部分将被视为收到的现金或其他财产，该个人应就此超额部分确认收益。即第351条的一个交换不被视为IRC第386条所规定的一个免税重组，因而第351条的规定将优先适用，而按照第351条的规定，出让人收到的额外对价应确认收益。

【例12－5】[③] 公司组建或资本投入中的债务超计税基础规则示例

如果一个个人在第351条下转移总计税基础为＄20,000的财产（其中一个财产具有＄10,000的计税基础，但负担有＄30,000的按揭）到一个受控子公司，则该个人将就＄10,000的收益纳税。该部分收益为财产上负担的债务＄30,000超过财产的总税基＄20,000的超额部分。该税务处理实质就是，投资人投入的财产的调整后可产生抵税效应的计税基础为＄20,000，但受控子公司却承担该人＄30,000的债务，相当于该人获得了＄10,000的税收利益或所得。

由此可见，通常情况下，受让公司对股东的债务承担是否导致股东产生应

① 笔者注：第355条规定的就是“D”型重组。

② 26 USC § 357（c）（1）（B）.

③ See 26 CFR § 1.357－2（a）.

税所得取决于承担的债务金额是否超过股东转移财产的调整后计税基础总额。因此，股东往往可以在交换之前减少债务的金额，或由其自身而不是公司承担债务等方式来避免当期确认收益。

②分裂型D型重组债务超计税基础规则（“第357（c）（1）（B）条款”规则）

第357（c）（1）（B）条款规定，因为一个第368（a）（1）（D）条款定义的重组（即D型重组，包括收购型D型重组和分裂型D型重组）计划的原因，当第361条适用于一个交换时，如果被承担的债务总额加财产负担的债务金额，超过依据该交换被转移的财产的总调整后计税基础，那么，该超额部分应当被视为一个资本资产或一个非资本资产的出售或交换的一个收益。

第357（c）（1）（B）条款仅仅适用于分裂型D型重组（也就是说第355条的“spin off”、“split off”以及“split up”）。[①] 第357（c）（1）条款不得适用于第368（a）（1）（A）、（C）、（D）或（G）条款所述的且第351条适用的重组，倘若第354（b）（1）条款的要求被满足。[②] 第354（b）（1）条款的要求即是资产受让公司收购了资产出让公司的全部或几乎全部资产以及资产出让公司将收到的股票、证券和其他财产以及它本身的剩余财产依据重组计划向其股东进行分配。这样的法条解释是如此的晦涩难懂。笔者直白的介绍如下：

其一，第357（c）（1）（B）条款仅仅适用于公司分立。即在一个公司分立重组中，被分立公司将分离资产和负债出让给受控子公司换取了受控子公司的股票，并随后将该等股票和其他财产一并向其股东进行分配。我们可以发现，前述的第一步实质与公司组建是一样的，因此超额部分对被分立公司应税；

其二，第357（c）（1）（B）条款不适用的情形实质属于三角并购重组类型，包括三角A型重组、C型重组或收购型D型重组或G型重组。以三角A型兼并（实质就是三角吸收合并）为例子来解释。在重组中，收购公司收购了目标公司全部资产和负债并支付了自身股票和/或其他财产给目标公司，随后将接收的资产和负债转移给新设收购子公司或现存受控子公司（实质就是前述的“且第351条适用的重组”）；同时，目标公司随后在解散注销中将接收的股票或其他财产分配给其股东。此种情形下，第357（c）（1）（B）条款规则不适用。其原因在于，尽管目标公司转移的债务超财产总调整后计税基础，但是在一个免税三角A型兼并中，目标公司的股东收取的是适格的对价，并不确认收益。

---

① 笔者注：分裂型D型重组类似于我国59号文所规定的企业分立重组。

② See Rev. Rul. 2007－8, 2007－7 I. R. B. 469.

同时，转移给收购子公司的资产和负债采用“计税基础转移”规则确定。

综上所述，在公司分立重组（分裂型 D 型重组）中，如果被分立公司（分配公司）分离的财产的总调整后计税基础小于分立公司承担的债务总额和财产负担的债务之和时，超额部分应当被视为一个资本资产或一个非资本资产的出售或交换中的一个收益。我们可以发现第 357（c）（1）（B）条款规则从本质上与前述的第 357（c）（1）（A）条款规则是一样的。有关例子可以参见【例 12－5】。

最后，笔者将上述规则总结如下表 12－1：

表 12－1：美国联邦公司并购所得税制“债务承担”规则

规则		IRC 条款	规则内涵
“债务承担”规则		IRC § 357（a）	除适格对价外的唯一对价系债务承担的，该债务承担不被视为额外对价，予以忽略；同时使用债务承担和现金、证券等其他财产作为对价的，“债务承担”规则将不适用，即债务承担将被视为支付了现金等价物而与其他额外对价合并计算，而不得被忽略。
“避税目的”例外规则		IRC § 357（b）	如果纳税人基于“避税目的”，则整个承担的债务部分将被视为额外对价而不仅是超过计税基础部分（超额部分）
“债务超计税基础”例外规则	公司资本投入的债务超计税基础规则	IRC § 357（c）（1）（A）	如果投资人在资本投入中将财产转移到受控子公司，受控子公司以其股票和承担该人债务为对价进行交换，如果承担的债务（包括财产上负担的债务）总额超过被转移的财产的调整后计税基础，则超额部分将被视为收到的现金或其他财产，该投资人应就此超额部分确认收益。
	分裂型 D 型重组债务超计税基础规则	IRC § 357（c）（1）（B）	在公司分立中，被分立公司将分离资产和负债出让给受控子公司（即分立公司）换取了其股票，并随后将该等股票和其他财产一并向其股东进行分配。分离资产和负债给分立公司时，如果承担的债务（包括财产上负担的债务）总额超过被转移的财产的调整后计税基础的，则超额部分对被分立公司应税。该规则不适用于三角并购重组类型。

（二）美国税制“或有负债承担”规则的司法实践与制定法规定

在前述第（一）部分中我们讨论了美国税法中的“债务承担”规则，但此时讨论的债务仅仅是一般债务，并未涉及“或有负债”（contingent liability）的税务处理问题。后者与前者相比较，一个非常明显的区别在于，或有负债在未实际发生之前，计税基础为零，并不得作为所得税税前扣除，但公司实际偿还债务时，可以在税前扣除。在美国所得税法的历史上，曾经有很多国际大所采用一种所谓的“或有负债避税工具”（contingent liability shelter）来获取双重所得税利益。普通法实践中涉及或有负债的一个很有名的判例就是 Black & Decker v. United States[①] 案。该案的基本案情如下：

Black & Decker 及其某些受控子公司（以下统称“Black & Decker”）预计现有和以前的雇员对未来健康计划的支付要求的预估现值为 $56,000 万。Black & Decker 将 $56,100 万现金和这些或有负债投入到一个子公司 Black & Decker Health Management Inc.（下称“BDHMI”）换回了 BDHMI 的优先股（Black & Decker 已经持有 BDHMI 的 100% 普通股）。Black & Decker 将该交易报告为一个第 351 条交换并得出其在交换中收到的 BDHMI 优先股的计税基础为 $56,100 万，优先股的价值大约只有 $100 万（$56,100 万现金减去 $56,000 万负债）。1 个月之后，Black & Decker 以 $100 万的价格出售了持有的 BDHMI 优先股给 Black & Decker 的一个前任执行官控制的信托。Black & Decker 在出售中申报了 $56,000 万的损失。Black & Decker 使用该损失去抵消无关联营业的销售中确认的收益。

Black & Decker 从一开始就计划使得 BDHMI 可以税前扣除因实际发生的健康计划的支付金额。因此，BDHMI 除了支付诉求外没有任何的其他营业，该扣除将累计一个重大的净营业亏损（NOL）。后来，在 BDHMI 的优先股被出售几年后，Black & Decker 回购了该等股票，导致 BDHMI 重新并入 Black & Decker 的合并集团。这将允许 Black & Decker 利用 BDHMI 的 NOL 去抵消来自于 Black & Decker 营业的收入，从而提供给 Black & Decker 从来源于或有负债的第二次税收利益的可能性。

在一个简易判决的动议中，马里兰地区法院（北部分院）判决支持 Black & Decker 的诉求。初审法院认为，BDHMI 存在重大的商业活动，即使该交易具有税务动机，但交易并非一个“伪装”或“欺骗”性的交易。然而，上诉法院联

① Black & Decker Corp. v. U. S. 436 F. 3d 431 (4th Cir. 2006).

邦第四巡回法院推翻了初审法院的判决，并发回初审法院重审。上诉法院认为，BDHMI 的实质商业活动并不使得 BDHMI 的交易具有经济实质。此外 ，BDHMI 交易必须具有很可能实现的重大非税收利益以使得 Black & Decker 可以去诉求被计划的交易而获得最大化的税收利益。对此，税务局提供了充分的证据证实 Black & Decker 缺乏从 BDHMI 交易中获得一个非税收利益的合理的预期。很快，该案中初审法院得以判决终结，税务局胜诉。

在本案中，Black & Decker 在 BDHMI 优先股的出售中确认了一个资本利亏 ＄56,000 万（＄56,100 – ＄100）。同时，由于 BDHMI 实际支付的健康计划金额可以在税前扣除，但 BDHMI 没有任何的营业收入，所以这些费用将转换为营业亏损并一直在 BDHMI 中累积，直到达到＄56,000 万。随后，Black & Decker 回购了 BDHMI 并将其纳入合并报表。因此，Black & Decker 还将享受一个＄56,000 万的 NOL 并可用于其他营业的利润的抵扣。因此，Black & Decker 在整个交易中，将享受双重税收利益。这就是前述所称的“或有负债避税工具”。

本案的最大的争点在于，Black & Decker 取得的 BDHMI 优先股的计税基础应当是多少？是＄56,100 万，还是＄100 万？如果是前者，将导致 Black & Decker 获得双重税收利益；如果是后者，则可避免。从最终结果看，法院支持了税务局的观点，即 Black & Decker 持有的 BDHMI 优先股的计税基础为＄100 万（＄56,100 – ＄56,000）。

在该案判决的基础上，国会随后修订了 IRC 的相关规定。集中体现在第 358（a）条款、第 358（d）条款和第 358（h）条款中。限于篇幅，笔者不对这些规定做详细的介绍和分析，仅将 Black & Decker 案如何适用 IRC 规定总结如下表 12 – 2：

表 12 – 2：Black & Decker 案如何适用债务承担规则

IRC 条款	IRC 条款规定	Black & Decker 案适用
IRC § 351（a）	如果一人或多人仅仅为交换一个公司股票而向该公司转移财产，并且该人或该等人在交易完成后立即取得对该公司控制，任何收益或损失不得被确认。具体要件如下：（1）纳税人向公司转移财产；（2）纳税人转移的财产仅仅交换公司的股票；（3）纳税人实现对公司的 80% 控制，且必须在交换发生之后立即取得。	Black & Decker 投入了＄56,100 万现金和估值＄56,000 的或有负债以交换 BDHMI 所有的优先股。该交易导致第 351 条规定的适用，根据第 351（a）条规定，如果不存在额外对价的话，该交换属于一个享受不确认待遇的交易。因此，判断或有负债的承担是否额外对价是关键，因此触发了第 357 条的适用。

续　表

IRC § 357（a）	如果一个纳税人在第351条交易下投资设立公司或对公司资本投入时，仅仅收到不确认收益的股票，且同时被投资公司还承担了该纳税人的一个债务的，该债务并不视为现金或其他财产。	根据本条款的规定，BDHMI承担的Black & Decker的或有负债不视为Black & Decker在交易中收到现金或其他财产。但第357条（a）条款存在两个例外，即第357（b）、（c）条款。即，还需要审查是否适用这两个例外。
IRC § 357（b）	如果纳税人基于“避税目的”，则整个承担的债务部分将被视为额外对价而不仅是超过计税基础部分（超额部分）。	当第357（b）条款和第357（c）（1）条款都适用时，第357（b）条款优先。在本案中，上诉法院认定，本交易不具有经济实质，违反了本条款。 因此，BDHMI承担的或有债务＄56,000被视为现金对价。
IRC § 357（c）（1）（A）	如果投资人在资本投入中将财产转移到受控子公司，受控子公司以其股票和承担该人债务为对价进行交换，如果承担的债务（包括财产上负担的债务）总额超过被转移财产的调整后计税基础，则超额部分将被视为收到的现金或其他财产，该投资人应就此超额部分确认收益。	在本案中，承担的债务＄56,000并未超过被转移财产的计税基础＄56,100，不适用本例外规定。
IRC § 358（a）	在一个公司组建或资本投入交易中，如果投资人从受控子公司处收到财产的话，该财产的计税基础等于其自身放弃的财产的计税基础，调增在交易中确认的任何收益，调减收到的额外对价的金额。在一个公司重组交易中，如果收购方发行自身股票作为对价收购目标公司资产的同时还承担了目标公司的负债，由于自身股票属于股权支付对价，不确认收益或损失，因此，对负债的承担不视为额外对价。	适用第351条规定的另一个附属后果是触发了第358条的适用。即是说，在适用第351条规定来判断BDHMI承担债务是否构成一个现金支付时，还需要根据第358条来判定。因此，Black & Decker在交易中取得的BDHMI优先股的计税基础应以其换出资产的计税基础加上其确认的任何收益减去其收到的额外对价的金额来确认。因此，关键在于，或有负债是否在第358条下被视为额外对价，这需要根据第358（d）条款来判断。

续 表

IRC § 358（d）	第358（d）（1）条款规定，当作为纳税人对价的一部分，交易的另一方承担了纳税人的一个负债，该负债应被视为纳税人在交换中收到的现金。 第358（d）（2）条款规定，第358（d）（1）条款不得适用于第357（c）（3）条款排除的任何债务的金额。	1. 如果第358（d）（1）条款适用，Black & Decker在交换中收到的BDHMI优先股的计税基础是＄100万，或者投入现金（＄56,100万）减去承担债务（＄56,000万）后计算的替代计税基础。 2. 第358（d）（2）条款的适用依赖于第357（c）（3）条款的适用。如果第358（d）（2）条款适用，Black & Decker在交换中收到的BDHMI优先股的计税基础等于＄56,100万，即是说，投入现金不得减除由BDHMI承担的债务。
IRC § 357（c）（3）	如果一个纳税人在第351条适用的交换中转让如下的任何一个债务：（1）该债务的支付将产生一个扣除，或者（2）该债务属于第736（a）条款所述债务，那么，第（1）段［第357（c）（1）条款］段之目的，该债务的金额应被排除在确定被承担的债务的金额之外。 上述规定不适用于导致任何财产的计税基础的创设或一个增加的债务范围。	在该案中，BDHMI在实际支付了健康计划金额后不可以进行扣除。因此，第357（c）（3）条款不适用，该负债不得予以排除，从而第358（d）（2）条款不适用，适用第358（d）（1）条款。
IRC § 358（h）	如果第358（a）（1）条款适用的财产的计税基础超过其公允市场价值，那么，该计税基础应调减如下负债的金额（但不得低于其公允价值）：（1）该负债作为交换的一部分而被另一方承担；（2）第358（d）（1）条款不适用。 但上述规定不得适用于如下的任何债务，如果：（1）该负债相关的贸易或营业被转移给作为交换的一部分而承担债务的人；（2）该负债相关的几乎全部资产被转移给作为交换的一部分而承担债务的人。	由于第358（d）（1）条款适用，故不适用第358（h）条款。

从上表可以看出，该案适用 IRC 规定遵循的逻辑思路概述如下：

第一，Black & Decker 投入了 ＄56,100 万现金和估值 ＄56,000 的或有负债以交换 BDHMI 所有的优先股。该交易导致第 351 条规定的适用。

第二，适用第 351 条规定的一个附属后果是触发了第 357 条的适用。根据第 357（a）条规定，该负债不视为一个额外对价，但还需要排除两个例外：第 357（b）条例外和第 357（c）条例外；法院认为第 357（b）条适用，因此全部或有负债视为现金。由于或有负债并未超过投入现金的计税基础，不适用 357（c）条款。

第三，适用第 351 条规定的另一个附属后果是触发了第 358 条的适用。根据第 358（a）条规定，投资人的股权计税基础采用替代计税基础规则确定。实际就是在第 358 条下，需要判断或有负债是否视为现金。因此，需要判断是适用第 358（d）（1）条款规定还是适用第 358（d）（2）条款。

第四，第 358（d）（2）条款的适用依赖于第 357（c）（3）条款的适用。根据第 357（c）（3）条款的规定，由于 BDHMI 不可以对实际支付的健康计划费用进行扣除，故或有负债不属于第 357（c）（3）条款排除的负债，因此，第 358（d）（1）条款适用。

最后还需要说明的是，第 358 条所定义的负债包括“或有负债”[①]。当然，或有负债如何评估其价值需要采用估值技术，这已经超过了本书讨论的范畴。

（三）美国税制“债务承担”规则对我国税法的借鉴

概括地讲，美国并购重组税法的“债务承担”规则呈现为如下特点：

1. 在公司重组中，如果收购方支付的除承担目标公司或出让方的债务之外的唯一对价属于不需要确认收益的股权支付对价，则在判断股权支付比例时，该债务承担不视为现金或其他财产，予以忽略；

如果除不属于确认收益的股权支付对价和承担债务对价之外，还存在现金或其他财产对价的，则上述的“债务忽略”规则将不适用，计算非股权支付比例时，应将债务承担对价加其他现金或其他财产对价一起计算。即是说，此时债务承担应视为现金对价而不得被忽略。

2. 除第 1 点外，基于美国公司法律的规定，在公司组建和资本投入（第 351 条交易）[②] 中，如果被投资公司承担的债务和财产负担的债务之和超过投入

---

① 26 USC § 358（h）（3）.

② 笔者注：实际是有关非货币性资产投资的所得税规则。

财产的计税基础总额的话，则超额部分视为被投资公司支付的现金对价，发起人或股东应确认资产出售或处置收益；在公司分立重组（第 355 条公司分立）中，如果被分立公司分离的财产的总调整后计税基础小于分立公司承担的债务总额和财产负担的债务之和时，超额部分应当被视为一个资本资产或一个非资本资产的出售或交换中的一个收益。

从上述规则可以看出，剔除我国公司法因素之外，我国税法有关债务承担规则实质是存在如下两个主要问题：

1. 我国税法在债务承担上的态度和立场是视为非股权支付对价，而不区分该债务是否与标的资产构成关联。这可能将极大地阻碍企业并购重组活动的进行。除了我们前述的资产收购重组之外，实际在其他企业重组活动中也存在类似的问题。譬如，在企业合并、分立重组中也存在类似的问题。

2. 在投资者以非货币性资产投资时，被投资企业同时承担债务或资产上负担的债务，或者公司分立时，被分立企业向分立企业分离资产和负债时，如果投入或分离的负债的计税基础超过财产的计税基础时，该超额部分应视为现金对价并确认所得。这在我国税法中并没有予以明确。当然，对于非货币性资产投入而言，由于我国公司法并不允许负担有负债的资产进行投资，实践中一般都会先解除负担再投入，但实践中也有按照资产净值作价、解除担保并同时与被投资企业签订债务承担协议或担保协议处理的，此时如何进行税务处理，我国税法并没有明确。笔者认为，可以借鉴美国税法的有关规定。

专题 13：企业重组企业所得税制的计税基础规则与实践

内容概览

在本专题中，笔者将集中介绍企业重组企业所得税制中的一个非常重要的规则——资产计税基础确定规则。资产计税基础确定规则的理论渊源在于“纳税必要资金原则”以及其衍生出来的“收益/损失的确认”规则。因此，该规则通常包含两个方面的内容：一是免税重组的资产计税基础确定；二是，应税重组的资产计税基础确定。本专题包含如下内容：

■ 企业重组计税基础规则的理论基础

▶应税重组计税基础的确定——“成本计税基础”规则

▶免税重组计税基础的确定——“计税基础转移”规则和“计税基础替代”规则

■ 59 号文企业重组的计税基础确定规则

▶应税重组计税基础的确定规则

▶免税重组计税基础的确定规则

■ 股权收购重组计税基础的确定是否存在重复征税

■ 以控股企业股权支付下收购企业计税基础的确定问题

■ 目标公司净资产公允价值为负时，采用“承债式”收购的计税基础确定

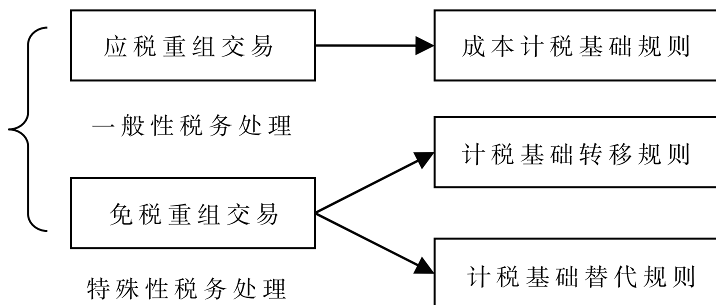
■ 收购对价的分摊及特殊性税务处理下，非股权支付相应的收益或损失与各项资产间计税基础的确定

一、企业重组计税基础规则的理论基础

应该讲，我国 59 号文有关企业重组交易资产计税基础确定规则的规定基本借鉴了美国联邦公司并购重组税制的规则。从美国 IRC 的规定来看，公司并购重组的计税基础理论通常包含两个方面的内容：一是免税重组（递延纳税待遇）的资产计税基础确定；二是应税重组（当期应税待遇）的资产计税基础确定。

笔者将企业重组交易的计税基础规则总结如下图 13－1：

图 13－1：企业重组的计税基础的确定规则



（一）应税重组计税基础的确定——“成本计税基础”规则

59 号文对应税重组的资产计税基础的确定采取“成本计税基础”规则。即，如果在一个企业并购重组中，重组某一当事方收到非股权对价支付并确认了收益，则应当调增计税基础，因为财产的内含增值已经真正实现，在以后出售换入新资产时，因调增了计税税基则不会产生重复征税；反之，如果确认了损失和支付了额外对价的话，则应当调减计税税基，因为资产的内含损失将因后来资产的出售而得以回收并纳税。比如，一个资产收购重组交易不符合 59 号文规定的特殊税务处理要件时，则只能按照一般性税务处理进行，即“被收购方应确认……资产转让所得或损失”，“收购方取得……资产的计税基础应以公允价值为基础确定。”① 我们可以发现，此时收购方取得资产的计税基础实质等于该等资产在被收购方手中时的原计税基础加上被收购方已经实现并确认的所得或损失，即等于其公允价值。参见下例：

【例 13－1】“成本计税基础”的确定——以资产收购重组为例

P 公司欲收购目标公司 T 公司的实质经营性资产。假定，T 被收购资产的公允价值为 1,000 万元，计税基础为 400 万元，则 P 以增发的价值 1,000 万元的自身股份为对价进行收购。假定，本交易满足特殊性税务处理的其他条件，但 P 和 T 选择适用一般性税务处理。则：

1. T 在交易中确认资产转让所得 600 万元（1,000－400），T 取得的 P 股份的计税基础按照公允价值确定，即 1,000 万元。T 以后出售该 P 股份时，假定公允价值并无变化，则确认应税所得 0 万元（1,000－1,000），不会导致重复征税；

---

① 59 号文第四条第（三）项第 1、2 目。

2. P在交易中不确认任何资产转让所得或损失，P取得的T资产的计税基础按照公允价值确定，即1,000万元（600+400），实际就是按照P在交易中支付的对价来确认。如果P以后出售该等资产，假定其公允价值并无变化，则确认应税所得0万元（1,000-1,000），不会导致重复征税。

（二）免税重组计税基础的确定——“计税基础转移”规则和“计税基础替代”规则

59号文对免税重组的资产计税基础的确定采取了两个规则——即“计税基础转移”规则（也称“计税基础结转”规则）和“计税基础替代”规则。所谓“计税基础转移”规则是指，资产受让方（收购公司）在资产转移中获得资产的计税基础应当等于该资产在资产转让方手中时的计税基础加上资产转让方在交易中确认的收益。由于在免税重组中，税法规定资产转让方不需要确认任何的收益或损失，因此，实际上就像该等资产在资产转让方的原计税基础转移到收购方一样。比如，一个资产收购重组符合59号文规定的特殊税务处理要件的，则“受让企业取得转让企业资产的计税基础，以被转让资产的原有计税基础确定。”[①] 所谓“计税基础替代”规则是指，用自有换出资产的计税基础替代换入资产的原计税基础。该规则的原理在于：保证不因资产的交换获得新资产而产生与直接出售原资产的税收后果不同的税收后果。同时，直接出售原资产的收益（隐含在拥有的新资产中）将被递延到新资产出售时确认。在一个免税重组中，对于目标公司或其股东而言，由于重组的实质是在变化后的公司形态下股东利益的持续，因此，其收到的股权对价的计税基础采用其原持有的目标公司资产或股权的计税基础来替代其在收购公司或其控股企业持有的股权的计税基础。比如，一个资产收购重组符合59号文规定的特殊税务处理要件的，“转让企业取得受让企业股权的计税基础，以被转让资产的原有计税基础确定。”[②] 我们可以发现，转让公司如果以后出售或处置取得受让公司股权时，它将确认该等股权中隐含的内在增值或贬值，基于等价交换原则，从理论上看，该等股权的公允价值等于其原持有资产的公允价值，由于受让公司股权的计税基础等于被转让资产的原有计税基础，因此，与直接出售被转让资产的税收后果完全相同，就像转让公司用换出的资产的计税基础“替代”了换入的受让公司股权的原计税基础一样。在此笔者将重点从税法原理上对计税基础替代规则

① 59号文第六条第（三）项第2目。
② 59号文第六条第（三）项第1目。

作一分析。按照一般财产交换的税法原理，换入财产的计税基础公式如下：

换入财产的计税基础 = 换出财产的计税基础 + 确认的收益 + 支付的非股权支付额 - 确认的损失 - 收到的非股权支付额 = 换出财产的计税基础 + 确认的净收益 + 支付的净非股权支付额

其实上述公式的原理很简单，即交换人确认了收益就应当调增计税基础，因为财产的内含增值已经真正实现，在以后出售换入新财产时，因调增了计税基础则不会产生重复征税；反之，如果确认了损失和支付了额外对价的话，则应当调减计税基础，因为财产的内含损失将因后来财产的出售（有增值的话）而得以回收并纳税。将上述公式应用于并购重组的特殊性税务处理中，我们可以得出确定出让方取得受让方支付股权计税基础的简化公式如下：

公式 1　出让方取得受让方支付股权的计税基础 = 出让方转让资产的计税基础 + 出让方确认的收益 - 出让方收到的非股权支付对价的公允价值

同时，对于确定受让方取得的出让方资产的计税基础的简化公式如下：

公式 2　受让方取得的出让方资产的计税基础 = 出让方资产的计税基础 + 出让方确认的收益

【例 13-2】“计税基础转移”和“计税基础替代”的确定

基础资料同【例 13-1】。假定 P 公司和 T 公司选择适用特殊性税务处理，则：

1. T 在交易中不确认资产转让所得，T 取得的 P 股份的计税基础以被转让资产的原有计税基础确定，即 400 万元，就像原资产的计税基础 400 万元“替代”成为 P 股份的计税基础一样。T 以后出售该 P 股份时，则应确认应税所得 600 万元（1,000 - 400），与直接出售被转让资产确认的所得相同；

2. P 在交易中不确认任何的资产转让所得或损失，P 取得的 T 资产的计税基础以其原有计税基础确认，即 400 万元，就像该原资产的计税基础 400 万元“转移”到 P 手中一样。如果 P 以后出售该等资产，则将确认应税所得 600 万元，这样该等资产内在的增值将得以递延实现。

让我们再来看一个有关混合对价的股权收购重组的示例：

【例 13-3】混合对价的股权收购重组计税基础的确定

收购公司 A 以现金 10 万元、价值 90 万元的 A 公司股份为支付对价，收购目标公司 T 的全部股份，目标公司股东持有目标公司股份的计税基础为 50 万元。

问题：该股权收购重组是否满足特殊性税务处理，如果满足如何进行处理？

【解析】1. 股权支付比例 = 90/（10 + 90） = 90% > 85%，如果其他条件都

满足，则可以选择适用特殊性税务处理；

2. T 的股东确认的所得 = [（10 + 90） - 50] ×（10/100） = 5（万元）

T 的股东持有 A 股份的计税基础 = 50 + 5 - 10 = 45（万元）

A 取得 T 股份的计税基础 = 50 + 5 = 55（万元）

我们可以看到，在股权收购重组中，股权收购的目标资产为目标公司股东持有的目标公司股权，为什么针对目标公司的股东适用“替代计税基础理论”，而针对收购方则适用“转移计税基础理论”呢？其根本的原因在于保证税负的总额不因重组交易而导致实质性变化，唯一产生的税收后果是递延纳税，不会对金额产生影响，或者说保证目标公司股权资产内含的增值不论是一次性确认或分次确认，其总额不会发生变化，只是递延确认而已。所以，目标公司股东以后出售持有的收购方的股权就必须像出售自己原持有的目标公司股权一样，所以要用目标公司股权的计税基础去“替代”持有的收购方股权的计税基础（如果不是替代的话，在应税重组中就应该采用成本计税基础，即以股权的公允价值确定），因为此时为了保持权益的连续性，目标公司的股东在收购方是通过持有收购方股权而间接保持了对原目标公司的权益连续，这样替代之后，目标公司以后出售收购方股权确认的所得与不享受递延纳税待遇直接一次性确认所得没有区别；那么，为什么收购方取得目标公司股权又适用“转移计税基础理论”呢？因为收购方是直接持有目标公司股权，所以对于目标公司股权资产而言，其计税基础并没有变化，就像目标公司股权的计税基础从原目标公司股东手中“转移”到收购方手中，收购方以后转让该股权就会实现该资产内含的增值。

二、59 号文有关计税基础确定规则

（一）应税重组计税基础的确定规则

有关各种应税重组的计税基础的确定规则集中在 59 号文第四条各项规定中，笔者总结如下表 13 - 1：

表 13－1：企业应税重组相关计税基础确定规则汇总表

<table>
<tr><th colspan="2" rowspan="2">企业重组类型</th><th colspan="3">企业重组当事方</th></tr>
<tr><th>收购企业/合并企业/分立企业</th><th>被收购企业/被合并企业/被分立企业</th><th>被收购企业股东/被合并企业股东/被分立企业股东</th></tr>
<tr><td rowspan="6">应税重组</td><td>股权收购重组</td><td rowspan="2">59 号文第四条第（三）项：2. 收购方取得股权或资产的计税基础应以公允价值为基础确定。</td><td>——</td><td>——</td></tr>
<tr><td>资产收购重组</td><td>——</td><td>——</td></tr>
<tr><td>合并重组</td><td>59 号文第四条第（四）项规定：1. 合并企业应按公允价值确定接受被合并企业各项资产和负债的计税基础。</td><td colspan="2">59 号文第四条第（四）项规定：2. 被合并企业及其股东都应按清算①进行所得税处理。</td></tr>
<tr><td>分立重组</td><td>59 号文第四条第（五）项规定：2. 分立企业应按公允价值确认接受资产的计税基础。</td><td colspan="2">59 号文第四条第（五）项规定：1. 被分立企业对分立出去资产应按公允价值确认资产转让所得或损失；……3. 被分立企业继续存在时，其股东取得的对价应视同被分立企业分配进行处理；4. 被分立企业不再继续存在时，被分立企业及其股东都应按清算进行所得税处理。</td></tr>
<tr><td>债务重组</td><td colspan="3">59 号文第四条第（二）项规定：1. 以非货币资产清偿债务，应当分解为转让相关非货币性资产、按非货币性资产公允价值清偿债务两项业务，确认相关资产的所得或损失；2. 发生债权转股权的，应当分解为债务清偿和股权投资两项业务，确认有关债务清偿所得或损失。</td></tr>
<tr><td>法律形式改变</td><td colspan="3">59 号文第四条第（一）项规定，企业由法人转变为个人独资企业、合伙企业等非法人组织，或将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区），应视同企业进行清算、分配，股东重新投资成立新企业。企业的全部资产以及股东投资的计税基础均应以公允价值为基础确定。</td></tr>
</table>

注：①清算应该按照 60 号文的规定进行清算。

从表 13－1 可以看出，对于股权收购、资产收购重组，59 号文采用的是“成本计税基础规则”或者是公允价值计量规则；对于债务重组，需要说明的是，对于 59 号文第四条第（二）项第 1 目，正是由于债务方按照公允价值计算了非货币性资产转让的所得或损失，因此对方取得的非货币性资产上的计税基础应当等于其成本（公允价值），即采取了“成本计税基础规则”；对于第 2 目，

债权人取得的股权投资的计税基础应当采取清偿债务的公允价值确定，依然采取了“成本计税基础规则”；对于企业法律形式改变，企业由法人转变为个人独资企业、合伙企业等非法人组织，或将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区），应视同企业进行清算、分配，股东重新投资成立新企业。企业的全部资产以及股东投资的计税基础均应以公允价值为基础确定，即采取了“成本计税基础规则”。

（二）免税重组计税基础的确定规则

有关各种免税重组的计税基础的确定规则集中在59号文第六条各项规定中，笔者总结如下表13－2：

表13－2：企业免税重组相关计税基础确定规则汇总表

<table>
<tr><th colspan="2" rowspan="2">企业重组类型</th><th colspan="3">企业重组当事方</th></tr>
<tr><th>收购企业/合并企业/分立企业</th><th>被收购企业/被合并企业/被分立企业</th><th>被收购企业股东/被合并企业股东/被分立企业股东</th></tr>
<tr><td rowspan="3">免税重组</td><td>股权收购重组</td><td>计税基础转移规则：59号文第六条第（二）项：2. 收购企业取得被收购企业股权的计税基础，以被收购股权的原有计税基础确定。</td><td>——</td><td>计税基础替代规则：59号文第六条第（二）项：被收购企业的股东取得收购企业股权的计税基础，1. 以被收购股权的原有计税基础确定。</td></tr>
<tr><td>资产收购重组</td><td>计税基础转移规则：59号文第六条第（三）项：2. 受让企业取得转让企业资产的计税基础，以被转让资产的原有计税基础确定。</td><td>计税基础替代规则：59号文第六条第（三）项：1. 转让企业取得受让企业股权的计税基础以被转让资产的原有计税基础确定。</td><td>——</td></tr>
<tr><td>企业合并重组</td><td>计税基础转移规则：59号文第六条第（四）项：1. 合并企业接受被合并企业资产和负债的计税基础，以被合并企业的原有计税基础确定。</td><td>——</td><td>计税基础替代规则：59号文第六条第（四）项：4. 被合并企业股东取得合并企业股权的计税基础，以其原持有的被合并企业股权的计税基础确定。</td></tr>
</table>

续 表

	企业分立重组	计税基础转移规则：59号文第六条第（五）项：1. 分立企业接受被分立企业资产和负债的计税基础，以被分立企业的原有计税基础确定	——	计税基础替代规则：59号文第六条第（五）项：4. 放弃“旧股”时：以放弃“旧股”的计税基础确定；不放弃“旧股”时：选择为零或按净资产比例分配的原持有的“旧股”的计税基础①
	企业债务重组	——	计税基础替代规则：59号文第六条第（一）项第二款：股权投资的计税基础以原债权的计税基础确定。	——
	企业法律形式改变	——	——	——

注：①需要注意的是，可供选择的两种方法实际上是原持有的“旧股”的计税基础在分立企业和被分立企业之间的分配方法而已，并不违反“计税基础替代规则”。

综上所述，对于应税重组而言，由于确认了资产和负债上所实现的收益或损失，因此取得的资产和负债或相应股权上的计税基础都采用公允价值进行计量，因此都属于“成本计税基础规则”。对于免税重组而言，有关资产和负债的计税基础确定规则可以总结如下：一是，对于被收购企业/被合并企业/被分立企业的股东获得的收购企业/合并企业/分立企业的股权而言，采取“计税基础替代规则”；二是，对于收购企业/合并企业/分立企业获得的被收购企业/被合并企业/被分立企业的资产和负债而言，采取“计税基础转移规则”。

三、股权收购重组计税基础的确定及是否存在重复征税

59号文第六条第（二）项第2目规定，收购企业取得被收购企业股权的计税基础，以被收购股权的原有计税基础确定。当59号文始一面世，该规定就引起了广泛的讨论和争议。主要存在如下两种观点：

观点一：反对的观点。该观点认为，收购企业取得被收购企业股权的计税基础应当以公允市场价值确定，或者说以收购企业支付的对价确定。否则，如果在交易完成后，被收购企业的原股东以及收购公司同时向第三方转让持有的

股权时，将带来重复征税。

观点二：赞同的观点。该观点认为，基于计税基础连续理论，由于在交易中任何当事方都没有确认任何收益或损失，因此所有的股权的计税基础都应当保留原值而不应改变，待以后处置这些股权时才予以确认收益或损失，并且认为观点一中提出的重复征税并不存在。

笔者赞同观点二。笔者认为，造成观点一中所述的重复征税“假象”的真正原因在于如下几点：

1. 对资产计税基础连续理论的错误理解。计税基础连续理论是一个一般性的理论，它既适用于一般性税务处理，也同时适用于特殊性税务处理。其核心在于：如果资产上内含的增值（或贬值）已经真正实现并在税法上予以确认的话，则资产的计税基础应当相应调增（贬值一般不确认，在处置时可一并收回），以避免以后处置该资产时的重复征税。因为在特殊税务处理中，被收购公司股东并没有确认其在原股权资产上的内含增值，因此收购公司取得该股权资产后的计税基础并不能做出调整，只能以被收购股权原计税基础确定（在应税重组中，以“被收购股权原计税基础＋被收购公司股东确认的收益”或者交易的公允对价确定）；

2. 一般性税务处理和特殊性税务处理的核心区别在于纳税时点的向后递延，而不是税负金额的变化（如果不考虑货币时间价值的话）。但需要注意的是，这是站在该重组交易角度并建立在被重组的目标资产基础之上。即是说，两种方式对比税负金额是否发生变化，或仅是纳税时点的变化时，目标资产“脱离”该重组交易的重组当事方实际控制时，或者目标公司原股东或目标资产的原所有人处置保持其权益连续的股权资产时（“脱离”对原目标资产的间接权益连续或间接控制时），即为对比之时点。这两个“脱离”的任何一个发生，则原重组交易的目标资产内含的增值就已经实现，对比就应该开始；

3. 从公司所得税原理上考虑，公司和公司的股东作为两个独立的纳税主体带来了公司层面和股东层面的双重征税，这也是公司清算分配所得税处理有两层税收的理论来源。笔者认为这是造成重复征税“假象”的最根本的原因。譬如，为简化，目标公司T公司仅持有一项资产公允价值100万元，计税基础为50万元。其股东HT持有的T公司股权的计税基础为30万元，股权公允价值为100万元。在不存在任何重组交易的情况下，如果T公司出售该资产和HT同时出售其持有的股权，我们可以发现，T公司层面会产生50万元的应税所得，HT层面产生70万元的应税所得。显然，这样的双重征税的出现的根本原因在于公

司制（或者虚拟股权资产）本身带来的双重征税。在股权收购免税重组中，存在类似的逻辑，当重组完成后，收购公司出售其持有的目标公司股权和目标公司原股东出售其持有的收购公司股权同时发生时，我们可以发现，正是基于不同的资产（其中目标公司原股东持有的收购公司股权属于基于同一基础资产而新虚拟的资产）产生了两次应税所得，与不发生重组交易并没有任何的变化。所以，其实这就是一个公司所得税制引发双重征税在重组中产生的“伪”命题，但这并不是59号文有关计税基础确定规则的“错”！

同时，站在股东最终利益角度，公司清算分配时，应当处置资产并计算清算所得，缴纳清算所得税，向股东分配剩余财产时，股东应当计算股权转让收益并缴纳所得税。存在重复征税的假象正是将以后公司层面处置资产的确认收益和缴纳税收混淆到公司重组的一般性税务处理和特殊性税务处理比较中，从这个意思上看，在整体上的税负是不变的。

本部分通过免税股权收购重组分析了有关收购公司取得目标公司股权的计税基础确定规则（计税基础转移规则）理论，类似的原理同样适用于资产收购、合并、分立等，在此不再赘述。

四、以控股企业股权支付下收购企业计税基础的确定问题

59号文第二条规定，收购企业可以本企业或其控股企业的股权、股份作为股权支付手段。4号公告第六条进一步对什么是控股企业进行了解释，即“指由本企业直接持有股份的企业”。那么在这种情况下，如果一个重组交易满足免税重组的条件，则目标公司或目标公司股东取得的该控股企业的股份的计税基础如何确定呢？在实务中，这个问题颇具争议。主要存在如下两种观点：

观点一：该观点认为，59号文的规定没有问题。按照59号文第六条第（二）项第2目规定，收购企业取得被收购企业股权的计税基础，以被收购股权的原有计税基础确定。

观点二：该观点认为，59号文的规定存在问题。当收购企业以控股企业股权作为股权支付额支付时，收购企业取得被收购企业股权的计税基础，以作为支付对价的其控股企业股权的原有计税基础确定。

笔者认为，上述观点一实质就是将59号文确立的“计税基础转移规则”应用到收购企业取得的被收购企业的计税基础确定中；上述观点二则认为，这不属于一个重组交易，应属于一个“非货币性资产交换”交易。因此，换入资产的计税基础应以换出资产的计税基础确定，否则将导致交换前后税负的变化。

让我们以下例子来进行说明：

【例 13 -4】 非股权支付对应资产转让所得调增计税基础的分配

假定，甲公司以其持有的公允价值 100 万元、计税基础 30 万元的 100% A 公司股权作为对价交换了乙公司持有的公允价值 100 万元、计税基础 40 万元的 100% B 公司股权。假定该交易满足特殊性税务处理的条件并选择适用特殊性税务处理。则：

观点一：甲公司取得的 100% B 公司股权计税基础为 40 万元，出售确认所得为 60 万元；乙公司取得的 100% A 公司股权计税基础为 40 万元，出售确认所得为 60 万元。合计为 120 万元。如果不进行重组，甲、乙分别出售股权各自确认所得分别为 70 万元和 60 万元，与重组比较，可以发现两者的税负发生了变化；

观点二：甲公司取得的 100% B 公司股权计税基础为 30 万元，出售确认所得为 70 万元；乙公司取得的 100% A 公司股权计税基础为 40 万元，出售确认所得为 60 万元。合计为 130 万元。如果不进行重组，甲、乙分别出售股权各自确认所得分别为 70 万元和 60 万元，与重组比较，可以发现两者的税负未发生变化。

那么，为什么会出现上述两种不同的结果呢？显然，观点一的处理是错误的。因为重组的特殊性税务处理的唯一税收后果是递延纳税，而不是税负的变化。笔者认为，之所以会出现这种结果其根本的原因在于，4 号公告对“控股企业”的解释违反了重组的基本原则——“股东权益连续性”规则。4 号公告将“控股企业”解释为“由本企业直接持有股份的企业”并不是从股东权益连续性规则出发进行解释，只是强调可以下层企业的股份作为支付对价。诚然，这样的规定无可厚非（因为这是收购企业的法人财产），但是，带来的问题是按照股东权益连续规则与 59 号文有关收购企业取得被收购企业股权计税基础确定规则确定计税基础时，将导致与各自直接出售该等股权换取现金不同的税收后果。因此，笔者认为可以按照观点二的建议对 59 号文进行补充。当然，最根本的解决办法是纠正有关“控股企业”的解释为“本企业的控股母公司”，恢复重组的本质。对于以下层企业的股份作为支付手段的，可以借鉴美国联邦税法第 1031 条[①]区分“同类”（“like - kind”）或“非同类”非货币性资产交换的税法规则来进行处理。如果属于同类交换的，则其税法规则为，换入资产的计税基础以换出资产的计税基础确定。

---

① 26 USC § 1031：Exchange of property held for productive use or investment.

五、目标公司净资产公允价值为负时，采用“承债式”收购的计税基础确定

在前述第一部分中，我们论述了特殊性税务处理适用“计税基础转移”规则和“计税基础替代”规则而确定计税基础的公式。需要注意的是，在适用前述公式1时，可能会存在“出让方取得受让方支付股权的计税基础”计算结果为负数的情形。那么，什么时候会出现这样的情形以及此时如何进行处理呢？

笔者分析认为，实践中，当目标公司净资产公允价值为负数，且收购方采用“承债式”收购时会出现这样的情形。让我们先从理论上进行推导：

假定，出让方转让资产的公允价值为X，转让资产的计税基础为Y。重组中，受让方非股权支付的公允价值为Z，股权支付的公允价值为G，非股权支付对应的资产转让所得或损失为R，出让方取得股权的计税基础为W，则：

R＝（X－Y）＊Z/X ……………①

X＝Z＋G ……………②

W＝Y＋R－Z

＝Y＋（X－Y）＊Z/X－Z

＝Y＋Z－Y＊Z/X－Z

＝Y－ Y＊Z/X

＝Y（X－Z）/X ………… ③

从上述公式可以看出，W是否出现负数的关键在于“X－Z”是否会出现负数，但是，似乎X始终大于等于Z不可能出现负数，那么到底问题出现在哪里呢？问题出现在上面的公式②中，因为我们的惯常思维是资产（注：这个地方的资产采用的是净资产的概念，即“资产减去与该资产相关联的负债后的余额”的概念）的公允价值始终为正，但是如果目标公司的净资产公允价值为负（即负债大于资产的公允价值）时，结果将完全不同。此时，如果在适用公式1计算出现负数时，则出让方取得的股权的计税基础应当调增到零，并且调增部分应计入出让方（被合并方、被分立方）当期的应纳税所得额。同时，受让方取得的出让方转让的资产的计税基础也应当做相应的调整。即，也应当将前述调增部分调增到接收的资产的计税基础之上。

六、收购对价的分摊及特殊性税务处理下，非股权支付相应的收益或损失和各项资产间计税基础的确定

即使在企业重组适用特殊性税务处理时，根据59号文第六条第（六）项规

定，非股权支付仍应在交易当期确认相应的资产转让所得或损失，并调整相应资产的计税基础。其计算公式如下：

非股权支付对应的资产转让所得或损失 =（被转让资产的公允价值 − 被转让资产的计税基础）×（非股权支付金额 ÷ 被转让资产的公允价值）

现在的问题是，如果出售方按照上述公式确认了非股权支付相应的资产转让所得或损失，如何将该等所得或损失在各项转让资产之间进行分配呢？特别是当标的资产属于多种类型、多数量资产时，如何分摊是一个非常重要的事情，因为这可能会导致不同的税收后果。从理论上看，要解决这个问题需要解决如下两个问题：

问题一：收购对价如何进行分摊？

问题二：标的资产转让所得或损失如何进行分摊？

（一）收购对价的分摊

无论是在资产收购或股权收购交易中，收购方和出售方都必须对收购对价进行分摊。收购对价的分摊对两者具有不同的意义。对于出售方而言，将其收取的收购对价分摊到出售的各项资产上，其意义在于确认其出售各项资产时所实现的收益或损失的性质及数额；对于收购方而言，将其支付的收购对价分摊给取得的各项资产，其意义在于确认收购的各项资产的计税基础。基于此，双方在收购对价的分摊上经常存在冲突的利益。譬如，我国税法规定，某些资产的出售能够享受税收优惠政策。如《企业所得税法》第二十七条第（四）项规定，符合条件的技术转让所得可以免征、减征企业所得税。《企业所得税法实施条例》第九十条规定："企业所得税法第二十七条第（四）项所称符合条件的技术转让所得免征、减征企业所得税，是指一个纳税年度内，居民企业技术转让所得不超过500万元的部分，免征企业所得税；超过500万元的部分，减半征收企业所得税。"因此，出售方通常希望尽可能多地将收购对价分摊到可以享受减免优惠政策的无形资产中；而收购方则更愿意尽可能多地将收购对价分摊到可以提取折旧资产（譬如建筑物、机器设备）或可分期摊销的无形资产（譬如商标、专利等）上以增大未来折旧或分期摊销扣除额。同时，如果出售方不能在收购对价中获得税收利益，但收购方可以的话，则双方有可能人为操纵收购对价分摊来损害国家税收利益，而私下里收购方通过其他途径给出售方予以补偿。因此，各国税法对收购对价的分摊基本都建立了一套税法规则。遗憾的是，我国税法却没有明确的规则。笔者在下文对美国的有关规则进行介绍以兹借鉴。

根据 IRC 第 1060 条[①]的规定，任何“可适用资产收购”[②]（applicable asset acquisition）中，如果出售方和收购方就任何对价或就任何资产公允价值的分摊达成书面一致，该协议对双方具有约束力，除非财政部长认定该分摊（或公允价值）是不适当的。但根据财政规章的规定，出售方和收购方都应遵从的法定分摊方法为“剩余分摊法”（residual method）。[③] 财政规章将全部资产划分为如下表 13－3 所示的七类资产：[④]

表 13－3：IRC 及其 CFR 对收购对价分摊中资产类别的划分

资产类别	资产范围
第一类资产	指现金、普通银行存款（包括储蓄和支票账户）
第二类资产	指活跃的、可在已设立金融市场上交易的动产。包括银行存单、美国政府债券及易于变现的股票或债券等
第三类资产	指与公开市场绑定联系至少 1 年的资产和债务工具（包括应收账款），但不包括可转债
第四类资产	指用于交易的存货或其他划归于存货或目的是在日常贸易或营业中出售给消费者而持有的资产
第五类资产	指第一、二、三、四、六和七类资产以外的资产
第六类资产	指除商誉、持续经营价值以外的无形资产
第七类资产	指商誉和持续经营价值

概括地讲，剩余分摊法是指，首先，将收购对价在第一类资产公允价值总额范围内分摊给第一类资产；其次，超过第一类资产公允价值总额的收购对价部分在第二类资产公允价值总额范围分摊给第二类资产；再次，超过第一、二类资产的公允价值总额的收购对价部分在第三类资产公允价值总额范围分摊给第三类资产，以此类推；最后，如果收购对价在分摊了所有的前六类资产之后还有剩余的，则全部分摊给第七类资产“商誉和持续经营价值”。如果在前六类资产中的某一类资产内部分摊时，如果应分摊的收购对价少于该类资产公允价

① 26 USC § 1060—Special allocation rules for certain asset acquisitions.

② 笔者注：根据 IRC1060（c）条款的规定，可适用资产收购是指满足如下条件的任何转让（不论是直接地或是间接地）：（1）构成一个贸易或营业的资产；并且（2）受让人在该等资产上的计税基础完全由该等资产被支付的对价确定。

③ 26 CFR §1.1016－1（a）.

④ 26 CFR §1.338－6（b）.

值总额的，应按照该类资产中每一项资产在收购日公允价值的比例进行分摊。

我们可以看出，剩余分摊法可以有效地减少出售方和收购方在收购对价分摊上的利益冲突，并且可以减少人为调整收购对价分摊的避税行为发生，有效地保护国家税收利益。譬如，在分摊完不具有折旧、分摊扣除效应的第一至三类资产之前，重组方不能人为地将其分摊给可以提取折旧的第四类、第五类资产（譬如机器设备、建筑物）以及可以摊销的第六类资产（譬如专利技术等）。

实质上，如前所述，对收购对价的分摊，已经将标的资产分摊的公允价值予以明确，在应税交易中，每项资产的转让所得或损失就已经予以明确了，这很好理解。但在免税交易中，则并没有完全地解决问题。

（二）标的资产转让所得或损失如何进行分摊

如前所述，如果在特殊性税务处理中，如何分摊非股权支付确认的相应资产转让所得或损失呢？笔者认为，一种可行的、较为合理的方法是“非股权支付比例分摊法”。其总的原则是：

第一，计算得出各项资产在特殊性税务处理中“已实现”的所得或损失；

第二，按照59号文第六条第（六）项的规定计算得出整个交易中非股权支付相应资产转让所得或损失总额；

第三，按照非股权支付与被转让资产公允价值的比例（下称“比率”）计算各项资产在特殊性税务处理中税法上“应确认”的所得或损失；

第四，计算各项资产在收购方手中的计税基础。

需要说明的是，上述第二步的所得或损失总额应与第三步各项资产确认的所得或损失相等。第四步计算的公式是：资产的原计税基础 + 各项资产分摊的所得或损失。

让我们以如下例子来进行说明：

【例13－5】非股权支付对应资产转让所得调增计税基础的分配

假定，甲公司计划吸收合并乙公司。为简化，假定乙公司的全部实质经营性资产（见下表：单位万元）作价3,000万元，不存在任何负债。甲公司以价值2,700万元的甲股份和300万元现金为对价收购该等标的资产。假定，特殊性税务处理的要求都满足。

资产	账面价值	计税基础	公允价值	收购对价分摊
A 货币资产	100	100	100	100
B 应收款项	200	200	200	200

续 表

C 存货	100	50	300	300
D 设备	1,000	800	1,200	1,200
E 厂房	500	300	600	600
F 专利	200	100	200	200
G 商誉	——	——	——	400
合计	2,100	1,550	2,600	3,000

问题：1. 在该交易中，乙公司是否需要确认标的资产转让所得？若需要，金额是多少？

2. 甲公司获得的各项资产的计税基础如何确定？

【解析】1. 根据59号文第六条第（六）项的规定，税务处理如下：

乙公司确认资产转让所得＝（3,000－1,550）×（300÷3,000）＝145（万元）

2. 根据上述的“非股权支付比例分摊法”，有关计算如下表：

资产	公允价值①	原计税基础②	实现的所得或损失③（①－②）	确认并分摊的所得或损失④（③×比率）	计税基础（②/③＋④）
A	100	100	0	0	100＋0＝100
B	200	200	0	0	200＋0＝200
C	300	50	250	250×300/3,000＝25	50＋25＝75
D	1,200	800	400	400×300/3,000＝40	800＋40＝840
E	600	300	300	300×300/3,000＝30	300＋30＝330
F	200	100	100	100×300/3,000＝10	100＋10＝110
G	400	0	400	400×300/3,000＝40	400＋40＝440
合计	3,000	1,550	1,450	145	1,695＋400＝2,095

注：上述“比率”＝非股权支付金额÷被转让资产的公允价值。

我们可以发现，甲公司获得的标的资产的总计税基础＝1,550＋145＝1,695（万元）。同时，还新确认商誉资产400万元的计税基础，所有资产计税基础总额为2,095万元。

专题 14：三角并购重组的所得税疑难问题

内容概览

在公司并购重组实践中，基于破产隔离或其他法律法规要求，尽管我们经常会采用收购公司专门设立收购子公司来对目标公司或标的资产进行收购（下称“三角并购重组”）的方式进行操作，但遗憾的是，我国的 59 号文并没有对应的三角并购重组所得税的处理规则。为解决这一实践问题，本专题将从理论、规则和实践等视角来展开讨论。本专题包含如下内容：

■ 三角并购重组的概念及类型

■ 三角并购重组所得税制的理论基础和疑难问题

■ 三角并购重组计税基础的确定规则

一、三角并购重组的概念及类型

在公司并购重组实践中，收购公司可能基于各种原因，譬如隔离潜在的债务风险（破产风险）、设立分业控股经营架构以及规避某些国家有关并购法规的限制等，并不愿意自身直接作为收购主体出现，它们往往先设立一个收购子公司（往往是全资子公司），并以该收购子公司的名义进行并购交易。这样的并购模式通常被称为“三角并购”。[①] 实践中，特别是英美公司法实践中，三角并购重组按照重组类型以及并购方向可以分为如下类型：

① 笔者注：之所以称为“三角”并购在于，并购当事方涉及收购母公司、收购子公司以及目标公司三个公司当事人，他们的交易架构就像一个“三角”一样。

表 14－1：三角并购重组的类型及其涵义

按重组类型分类	按并购方向分类	涵义
合并	正向三角吸收合并	收购母公司设立收购子公司作为收购主体，收购子公司以收购母公司的股票作为合并对价收购被合并公司全部资产并承担其负债。合并完成后，被合并公司的原股东成为收购母公司的股东，被合并公司注销解散。
	反向三角吸收合并	收购母公司设立收购子公司作为收购主体，但目标公司作为形式上的合并公司吸收合并收购子公司的全部资产和负债。合并完成后，收购母公司成为目标公司的控股股东，收购子公司注销解散。
股权收购	三角股权收购	收购子公司使用其收购母公司的表决权股票作为对价收购目标公司股东持有的目标公司股票，以实现对目标公司的控制。交易完成后，目标公司依然保留独立法人人格，成为收购子公司的子公司。
资产收购	三角资产收购	收购子公司使用其收购母公司的表决权股票作为对价收购目标公司的资产。交易完成后，目标公司依然保留独立法人人格，成为收购母公司的股东。

在实践中，最常见的是正向三角并购重组（亦称为前向三角并购重组），反向三角并购重组一般出现在跨国并购重组中，适用于目标公司所在地法律不允许其资产（主要涉及专利、商标、特许使用权许可限制等）被吸收合并或被收购的情形。

二、三角并购重组所得税制的理论基础和疑难问题

为什么实践中存在大量的三角并购重组（一般都属于正向三角并购重组），而我国 59 号文却没有考虑构建其所得税税法规则呢？笔者认为，正如我们在股东权益连续性规则中所论述的那样，我国 59 号文在借鉴美国税法时对“控股企业”的界定属于对美国联邦税法三角并购税制的误读和错用。

如前所述，为了遵从股东权益连续性规则的要求，收购子公司应该使用其控股母公司的股份作为支付对价而不能使用其持股公司的股份作为支付对价。那么，现实的问题就是以控股母公司的股份作为对价的理论依据在哪里？我们需要解决如下的三个问题：

问题 1：如何解决收购子公司的控股母公司作为“重组当事方”的问题？

问题 2：如果控股母公司属于“重组当事方”，实际收到标的资产的是其受

控子公司，如何解决该等资产的转移？

问题3：为了收购控制目的的达成以及资本投入时可以享受免税待遇，控股母公司和收购子公司之间的持股比例是否应当有要求？

在研究解决上述问题之前，我们先来看看三角并购重组的交易模式或交易架构的问题，在了解该模式以及存在的问题之后，我们才能解决上述问题。

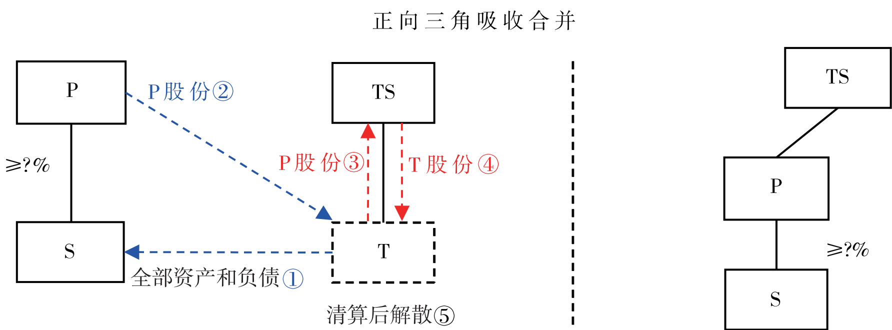
（一）三角并购重组的交易模式

在公司重组的经济实质理论下，为了遵从股东权益连续性规则，收购子公司可以使用其控股母公司的股份作为支付对价。那么三角并购重组的交易模式到底如何呢？让我们以一个正向三角吸收合并重组来进行说明：

【例14－1】法律形式上的正向三角吸收合并交易架构

假定，收购公司P计划吸收合并目标公司T，为了规避可能的债务风险，P计划设立一个收购子公司S作为收购主体进行收购。在收购中，S以P股份作为对价支付给目标公司T，T将其拥有的全部资产和负债转让给S。T在清算解散中将收到的P股份分配给其股东TS，TS同时交回其持有的T股份，T收回T股份后解散注销。有关该正向三角吸收合并的交易架构图如下：

正向三角吸收合并



注：① T将全部资产和负债转让给S；

② P将其股份作为对价转移给T；

③ T在清算中将收到的P股份分配给其股东TS；

④ TS将其持有的T股份交回T，用以交换分配给它的P股份；

⑤ T收回其全部股份后解散注销。

在【例14－1】的交易架构图中，实践中法律形式上的正向三角吸收合并表现为如下几个步骤：

（1）首先，在上图中的交易①和②中，从交易的法律形式上看，收购子公

司S公司（合并公司）与目标公司T公司（被合并公司）之间发生一个资产收购交易，T公司将其全部资产和负债转让给S公司；同时，S公司以其母公司P公司的股份为对价支付给T公司。该交易属于一个典型的资产收购交易。

（2）其次，在上图中的交易③和④中，T公司将其收到的P股份作为对价回购其股东TS持有的T股份。该交易属于一个典型的股份回购交易，只不过使用的对价是P股份而已。

（3）最后，T公司注销其收回的全部T股份后解散注销。

显然，实务中的正向三角吸收合并要满足特殊性税务处理，存在如下三个问题需要解决：

1. 既然收购方是S公司（S公司接收了目标公司T公司的全部资产和负债），那么为什么S公司可以以其控股母公司P公司的股份作为支付对价呢？这岂不是违反了“合同相对性”原则？（前述的问题）

2. 为什么P又甘愿支付对价而不获得目标1呢？P的利益岂不是将受到损害？（前述的问题2）

3. 目标公司T公司的股东TS获得的对价是P股份，则交易完成后，TS将成为P的股东，为了保持其交易之前在T中的投资权益的维持以及P对S资本投入时可以享受免税待遇，P持有的S公司的股份比例是否应当有要求？（前述的问题3）

（二）三角并购重组交易中的三个疑难问题——“重组当事方”和“资产向下转移”以及“控制”的问题

1. “重组当事方”和“资产向下转移”的问题

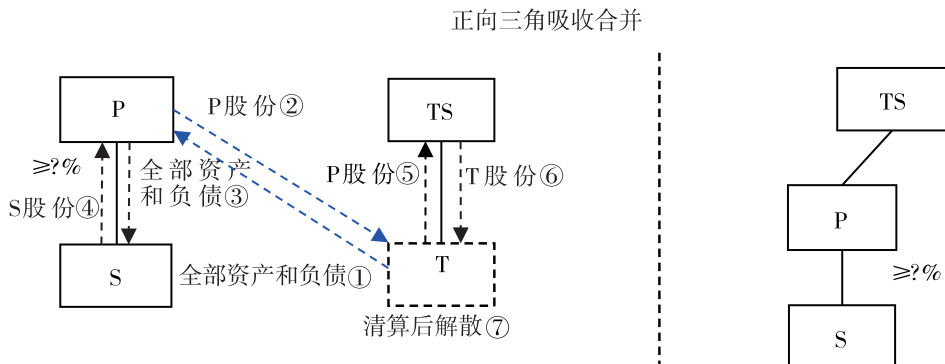
如上所述，收购子公司属于最终的标的资产的承接方却没有支付任何对价，控股母公司支付了对价却没有获得任何的标的资产，如何解决这个问题？其归根结底还是要“恢复”控股母公司作为“真正的”收购方的实质。即是说，在三角并购重组中，真正的收购方其实还是控股母公司，这样控股母公司采取增发股份作为对价并支付给目标公司就可以解释了，也就相应地解决了违反“合同相对性”原则的理论难题。那么，新的问题出现了——即，控股母公司支付了对价却没有获得任何的标的资产，反而是其受控子公司获得了标的资产，如何解决这个问题？笔者认为，其实质还是涉及是否允许向下转移标的资产的问题。如果允许向下转移，则交易架构可以设计为收购子公司的控股母公司在收到标的资产后向其收购子公司转移该部分资产即可，其理论依据在于，控股母公司在该子公司的所有者权益将随之增加，从本质上讲控股母公司的利益并没

有减少，可以说向下转移资产可以视为对子公司的资本投入。

综上所述，三角并购重组的两个理论上的疑难问题的解决是通过重构交易还原其交易本质来解决的。让我们依然以正向三角吸收合并重组交易来进行说明，则还原以后的三角吸收合并重组的交易架构图参见下例【例 14－2】。

【例 14－2】实质上的三角吸收合并交易架构

资料同【例 14－1】，则还原以后实质上的正向三角吸收合并交易结构图如下：



注：① T 将全部资产和负债转让给 P；

② P 将其股份作为对价支付给 T；

③ P 将收到的 T 的全部资产和负债向下转移（作为资本投入）到 S；

④ S 收到 P 转移资产而支付的对价为发行新的 S 股份并支付给 P，或者不发行股份而调增 P 持有的原股份的计税基础；

⑤ T 在清算中将收到的 P 股份分配给其股东 TS；

⑥ TS 将其持有的 T 股份交回 T，用以交换分配给它的 P 股份；

⑦ T 收回其全部股份后注销解散。

在【例 14－2】的图中，我们可以将该交易架构概括为如下几个步骤：

（1）在上图中的交易①和②中，收购母公司 P 公司（合并公司）与目标公司 T 公司（被合并公司）之间发生一个资产收购交易，T 公司将其全部资产和负债转让给 P 公司；同时，P 公司以其增发股份为对价支付给 T 公司。该交易属于一个典型的资产收购交易；

（2）在上图中的交易③和④中，P 公司将收购的 T 公司全部资产和负债向下转移或投入到 S 公司中，S 公司向其增发股份或者不增发股份，但调增其持有的原 S 股份的计税基础。该交易属于一个典型的资本投入的交易；

（3）在上图中的交易⑤和⑥中，T 公司将其收到的 P 股份作为对价回购其

股东持有的T股份。该交易属于一个典型的股份回购交易，只不过使用的对价是P股份而已；

（4）在上图中的交易⑦中，T公司注销其收回的全部T股份后解散注销。

上述（1）和（3）项交易涉及的税法规则与一般的吸收合并重组的一样，但是（2）项交易则还涉及资本投入的税法规则。

需要注意的是，由于控股母公司将收到的目标公司的资产和负债作为资本投入到收购子公司中，并获得了收购子公司增发的股份或者不增发股份的情况下可以调增其原持有股份的计税基础，所以，控股母公司的利益并没有受到损害。至此，我们已经解决了前述的问题1和问题2。

2. “控制”的问题

在解决了前面两个问题之后，让我们再来看看控股母公司需要持有多少的收购子公司股份的问题。如前所述，我们知道目标公司股东的投资利益是通过持有控股母公司的股份而间接享有在收购子公司中的营业和资产中的权益。但是，如果控股母公司无法控制收购子公司或对收购子公司的控制的力度无法达到要求，则目标公司股东显然将失去对原营业和资产的投资利益的控制力。当然，本问题的实质还是，从收购的本质目的来看，控股母公司本身就需要取得对标的资产和营业的控制，并且在资本投资时可以享受免税待遇。所以，在并购重组所得税税制中，通常都会要求比一般的“控制”更高的要求。譬如，在美国联邦公司所得税税制中，控股母公司在收购前后都必须满足对收购子公司的“控制”要求。即，“控制”是指持有表决权股票的表决权总数的80%及以上，以及其他类别股票总数的80%及以上。[①] 所以，笔者建议我国的税法可以借鉴该双重80%持股比例的要求来构筑公司组建和资本投入的特殊性税务处理规则。

除了上述三角吸收合并重组交易模式之外，在实务中还可能基于公司法规的限制或其他原因（譬如特许经营权或知识产权许可等原因），并不是目标公司吸收合并入目标公司中，反而是收购子公司吸收合并入目标公司中，即“反向三角吸收合并重组”。那么什么是“反向三角吸收合并重组”呢？我们又如何理解该重组交易呢？让我们以如下例子来进行演示和说明：

【例14-3】反向三角吸收合并重组的交易架构

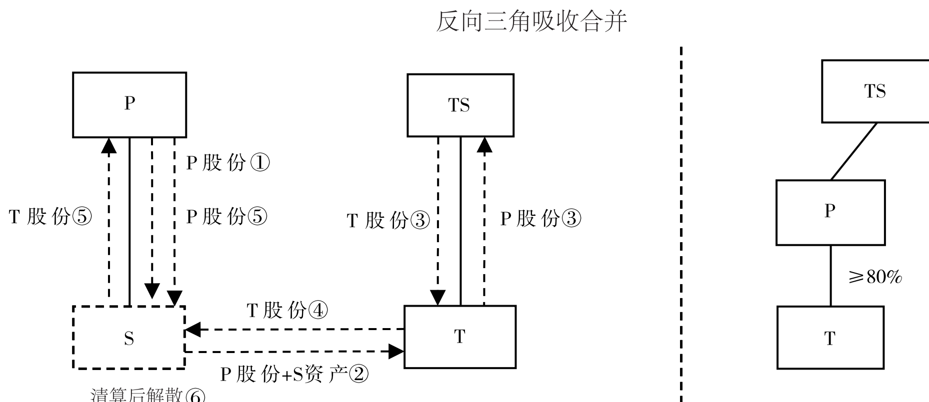
假定，收购公司P计划吸收合并目标公司T，但由于T公司所在地公司法法

---

① 26 USC § 368 (c).

规和专利法规的原因，没法将T吸收合并入P中。因此，P计划设立一个收购子公司S作为收购主体进行反向吸收合并重组，即将S吸收合并入T中。在合并中，S将其拥有的全部资产和负债和P股份转让给T，T将从其股东处收回的T股份支付给S。S在清算解散中将收到的T股份分配给其股东P，P同时交回其持有的S股份，S收回S股份后解散注销。有关该反向三角吸收合并的形式上的交易架构图如下：

反向三角吸收合并



注：① P将其股份转移给S（或设立S）用于支付对价；

② S将自身资产和P股份作为对价支付给T；

③ T以P股份回购TS持有的T股份；

④ T将回购收到的T股份作为对价支付给S；

⑤ S在清算中将收到的T股份分配给P，同时P返还持有的S股份；

⑥ S在清算完成后注销解散。

那么，如何理解反向吸收合并重组的交易架构呢？笔者认为，可以将其理解为如下几个交易的组合：

（1）控股母公司P先增发P股份（以及非股权支付）并交给收购子公司S，这属于一个资本投入交易；

（2）S将其自身的全部资产和负债以及收到的P股份（以及非股权支付）一并转让给目标公司T，T公司以其自身发行在外的T股份作为对价支付给S；

（3）T仅仅以收到的P股份（以及非股权支付）作为对价回购其股东TS持有的T发行在外的T股份；

（4）S在清算分配中，将收到的T股份分配给P，P交回其持有的S股份。

我们可以发现，对于反向三角交易而言，如何解决收购子公司使用控股母公司的股份作为对价的呢？实质上，先视为控股母公司对收购子公司以自身增

发的股份（或非股权支付）作为财产的资本投入（与正向三角重组的顺序正好相反），再进行吸收合并，这样就解决了控股母公司作为重组当事方的问题。同时，我们还需要注意的是，收购子公司转让的资产不但包括其自身的资产，还包括其收到的控股母公司的股份（以及非股权支付），而目标公司在回购其股东持有的股份时仅仅使用了收到的控股母公司的股份（以及非股权支付）作为对价。最后，为了保证目标公司的股东的投资权益的连续，需要控股母公司获得的目标公司的股份得达到“控制”的标准，该标准应该与前述正向三角吸收合并重组所要求的控制标准一样，即“双重 80%”的控制要求。也就是说至少需要获得 80% 以上的目标公司的股份才可。

三、三角并购重组交易计税基础的确定规则

在第二部分中，我们讨论了如何构建我国税法的三角并购重组交易所得税机制的理论疑难问题，但我们只解决了三角并购重组的股东权益连续的问题以及交易架构的实质问题，并没有涉及具体的收益的确认和计税基础的确定问题。在此，我们来讨论这个问题。

事实上，如果 59 号文和 4 号公告修订了有关“股权支付”和“非股权支付”的定义的话，并对其一般性税务处理和特殊性税务处理的税法规则做适当的“修订”之后依然可以适用于三角并购重组交易。

（一）三角股权收购重组税务处理规则

1. 三角股权收购重组的一般性税务处理规则

根据 59 号文第四条第（三）项的规定，如果企业股权收购重组交易不满足特殊性税务处理的要求的话，将按照如下的一般性税务处理规则进行：

“1. 被收购方应确认股权、资产转让所得或损失。

2. 收购方取得股权或资产的计税基础应以公允价值为基础确定。

3. 被收购企业的相关所得税事项原则上保持不变。”

在三角股权收购重组中如何适用上述处理规则呢？事实上，上述规则几乎不需要做修订就可以直接适用，唯一需要修订的是将上述第 2 点中的“收购方”理解为“收购子公司”即可。同时，需要增加的就是，收购子公司的控股母公司持有的收购子公司的股权的计税基础需要调增收购子公司取得股权的公允价值。实质上，三角股权收购重组交易的一般性税务处理规则可以根据其实质上的交易架构来进行分解处理如下表 14－2：

表 14－2：三角股权并购重组的交易步骤及一般性税务处理规则

交易步骤	税务处理规则
第 1 步：控股母公司与目标公司股东之间的股权收购交易	视为收购子公司的控股母公司支付对价（包括现金、自身股权或其组合）收购标的股权，该交易属于一个应税的股权收购交易。 1. 目标公司股东实现并确认股权转让所得或损失。 2. 目标公司股东取得的控股母公司股权的计税基础以该股权的公允价值确定。 3. 控股母公司取得的目标公司股权的计税基础以其公允价值确定。
第 2 步：控股母公司对收购子公司的资本投入交易	控股母公司将在上述股权收购交易中获得的目标公司股权向下投入到其收购子公司中，该交易实质是一个资本投入交易。 1. 控股母公司获得的收购子公司股权的计税基础等于其投入的目标公司股权的公允价值；如果收购子公司并不增发自身股权的，则控股母公司将调增其原持有的收购子公司股权的计税基础。 2. 收购子公司获得的控股母公司投入的目标公司股权的计税基础按照其公允价值确定。

笔者以如下例子来对上述税务处理规则进行说明：

【例 14－4】三角股权收购重组的一般性税务处理

假定，目标公司 T 公司的资产公允价值为 150 万元，负债为 50 万元，T 公司股东 A 公司持有的 100%T 股权的计税基础为 60 万元，公允价值为 100 万元。在股权收购重组中，P 公司出资 10 万元设立了收购子公司 S 公司，S 公司以价值 60 万元的 P 股份和现金 40 万元作为收购对价支付给 A 公司收购了其持有的 100%T 股权。

问题：本股权收购重组交易如何进行税务处理？

【解析】1. 该股权收购重组交易属于典型的三角重组交易，S 公司属于收购子公司，P 公司系 S 公司 100% 控股的母公司，交易中 S 支付的对价为价值 60 万元的 P 股份和现金 40 万元，股权支付比例为 60%（60/100）。因此，该交易不满足特殊性税务处理的要求，应当适用一般性税务处理。

2. A 确认的股权转让所得＝100－60＝40（万元）

A 取得的 P 股份的计税基础＝60（万元）

S 取得的 T 股权的计税基础＝60＋40＝100（万元）

P 新获得的 S 股份的计税基础＝100（万元）

3. 从三角股权重组的交易实质来分解分析相当于：

（1）A 公司在转让其持有的 100%T 股权时需要确认股权转让所得为 40 万

元，A 公司取得的 P 股份的计税基础为 60 万元，P 公司取得的 T 股权的计税基础按照公允价值确定为 100 万元；

（2）P 将获得的 T 股权作为资本投入到 S 公司中，则 P 取得的 S 股份的计税基础为 100 万元（或如果 S 并未发行股份的话，则 P 原持有的 S 股权的计税基础调增 100 万元），加上原持有的 S 股份的计税基础 10 万元，P 持有的新旧 S 股份的计税基础合计为 110 万元。S 获得的 T 股份的计税基础为 100 万元。

2. 三角股权收购重组的特殊性税务处理规则

按照 59 号文第六条第（二）项和 109 号文的规定，收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的 75%，且收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的 85%，重组当事方可以选择适用特殊性税务处理。有关的税务处理规则为："1. 被收购企业的股东取得收购企业股权的计税基础，以被收购股权的原有计税基础确定；2. 收购企业取得被收购企业股权的计税基础，以被收购股权的原有计税基础确定；3. 收购企业、被收购企业的原有各项资产和负债的计税基础和其他相关所得税事项保持不变。"

在三角股权收购重组中如何适用上述处理规则呢？我们可以将上述规则第 1 点中的"收购企业"理解为三角股权收购重组的收购子公司的"控股母公司"，将第 2 点中的"收购企业"确定为三角股权收购中的"收购子公司"。其特殊性税务处理规则根据其实质上的交易架构进行分解处理如下表 14－3：

表 14－3：三角股权并购重组的交易步骤及特殊性税务处理规则

交易步骤	税务处理规则
第 1 步：控股母公司与目标公司股东之间的股权收购交易	视为收购子公司的控股母公司支付对价（包括现金、自身股权或其组合）收购标的股权，该交易属于一个全部或部分免税的股权收购交易。 1. 目标公司股东仅仅就非股权部分实现并确认股权转让所得或损失。计算公式如下： 非股权支付对应的股权转让所得或损失 =（被转让股权的公允价值－被转让股权的计税基础）×（非股权支付金额 ÷ 被转让股权的公允价值） 2. 目标公司股东取得的控股母公司股权的计税基础以其持有的目标公司股权原计税基础加上其确认的收益减去收到的非股权对价的公允价值确定。计算公式如下： 目标公司股东取得控股母公司股权的计税基础 = 目标公司股权的计税基础 + 目标公司股东确认的收益－其收到的非股权支付对价的公允价值

续　表

	3. 控股母公司取得的目标公司股权的计税基础以目标公司股权的原计税基础加上目标公司股东确认的收益确定。计算公式如下： 控股母公司取得的目标公司股权的计税基础 = 目标公司股权的计税基础 + 目标公司股东确认的收益
第 2 步：控股母公司对收购子公司的资本投入交易	控股母公司将在上述股权收购交易中获得的目标公司股权向下投入到其收购子公司中，该交易实质是一个免税资本投入交易。 1. 控股母公司获得的收购子公司股权的计税基础等于其投入的目标公司股权的计税基础；如果收购子公司并不增发自身股权的，则控股母公司将调增其原持有的收购子公司股权的计税基础。 2. 收购子公司获得的控股母公司投入的目标公司股权的计税基础按照其原计税基础确定。

笔者以下例来进行说明：

【例 14－5】 三角股权收购重组的特殊性税务处理

基本资料同【例 14－4】。除了后述事实：S 公司以价值 90 万元的 P 股份和现金 10 万元作为收购对价支付给 A 公司收购了其持有的 100%T 股权。

【解析】 1. 在本股权收购重组交易中，S 支付的对价为价值 90 万元的 P 股份和现金 10 万元，股权支付比例为 90%（90/100）>85%，被收购的 T 公司股权比例为 100% >50%。如果其他条件也满足的话，该交易符合满足特殊性税务处理的要求，可以选择适用特殊性税务处理。

2. A 确认的股权转让所得 =（100－60）×（10÷100）=4（万元）

A 取得的 P 股份的计税基础 =60 +4－10 =54（万元）

S 取得的 T 股权的计税基础 =60 +4 =64（万元）

P 新获得的 S 股份的计税基础 =64（万元）

从【例 14－4】、【例 14－5】可以看出，三角股权收购重组的税务处理几乎与一般性的股权收购重组的税务处理没有区别，差别在于增加了一个控股母公司取得收购子公司股权的计税基础确定或调增的问题。

（二）三角资产收购重组税务处理规则

三角资产收购重组税务处理规则与三角股权收购重组税务处理基本类似，但存在后述两点细微差异：一是，前者的资产出让方为目标公司，而非目标公司股东。因此，在交易中，确认资产转让所得或损失的主体为目标公司，进而获得控股母公司股权对价的亦是目标公司；二是，控股母公司和收购子公司获得的标的资产为目标公司拥有的资产，而非目标公司股东持有的目标公司股权

资产。除此之外，三角股权收购重组的税务处理规则可以沿用，不再赘述。

（三）三角合并重组税务处理规则

三角资产收购重组税务处理规则与三角资产收购重组税务处理更为近似，但与三角股权并购重组、三角资产并购重组存在最大的差异就在于被合并企业需要解散注销。笔者在前文论述基础上分别将三角吸收合并重组的一般性税务处理和特殊性税务处理规则（三角新设合并重组类似）总结如下表 14－4、14－5：

表 14－4：三角吸收合并重组的交易步骤及一般性税务处理规则

交易步骤	税务处理规则
第 1 步：控股母公司与被合并企业之间的资产收购交易	视为收购子公司的控股母公司支付对价（包括现金、自身股份或其组合）收购被合并企业的全部资产和负债。该交易属于一个应税的资产收购交易。 1. 被合并企业实现并确认资产转让所得或损失。计算公式如下：被合并企业确认的资产转让所得或损失 = 被转让资产的公允价值－被转让资产的计税基础 2. 控股母公司应按公允价值确定取得的被合并企业全部资产和负债的计税基础。
第 2 步：被合并企业解散注销	被合并企业及其股东按照 60 号文的规定进行清算（包括企业和股东两个层面的清算）。 1. 如果股东属于法人的，计算股权转让所得或损失时，可以扣除对应的累积盈余； 2. 如果股东属于自然人的，按照《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告 2014 年第 67 号，下称“67 号公告”）进行税务处理。计算股权转让所得或损失时，不得扣除对应的累积盈余。
第 3 步：控股母公司对收购子公司的资本投入交易	控股母公司将在上述资产收购交易中获得的被合并企业的全部资产和负债向下投入到其收购子公司中，该交易实质是一个资本投入交易。 1. 控股母公司获得的收购子公司股权的计税基础等于其投入的被合并企业全部资产和负债的公允价值；如果收购子公司并不增发自身股权的，则控股母公司将调增其原持有的收购子公司股份的计税基础，金额等于其投入的被合并企业全部资产和负债的公允价值； 2. 收购子公司获得的控股母公司投入的被合并企业全部资产和负债的计税基础按照公允价值确定。

表 14－5：三角吸收合并重组的交易步骤及特殊性税务处理规则

交易步骤	税务处理规则
第 1 步：控股母公司与目标公司之间的资产收购交易	视为收购子公司的控股母公司支付对价（包括现金、自身股份或其组合）收购被合并企业的全部资产和负债。该交易属于一个全部或部分免税的资产收购交易。 1. 被合并企业仅就非股权支付部分实现并确认资产转让所得或损失。计算公式如下： 非股权支付对应的资产转让所得或损失 =（被转让资产的公允价值－被转让资产的计税基础）×（非股权支付金额 ÷ 被转让资产的公允价值） 2. 控股母公司取得的被合并企业资产和负债的计税基础以其原计税基础加上被合并企业确认的收益进行确定。计算公式如下： 控股母公司取得的被合并企业资产的计税基础 = 被合并企业资产的计税基础＋被合并企业确认的收益
第 2 步：目标公司解散注销	被合并企业在解散注销中，将控股母公司支付对价分配给其股东，其股东取得的控股母公司股权的计税基础以其持有的被合并企业股权的原计税基础加上股东确认的收益减去其收到的非股权对价的公允价值确定。计算公式如下： 被合并企业股东取得控股母公司支付股权的计税基础 = 被合并企业股权的计税基础＋被合并企业股东确认的收益－其收到的非股权支付对价的公允价值
第 3 步：控股母公司对收购子公司的资本投入交易	控股母公司将在上述资产收购交易中获得的被合并企业全部资产和负债向下投入到其收购子公司中，该交易实质是一个免税资本投入交易。 1. 控股母公司获得的收购子公司股权的计税基础等于其投入的被合并企业全部资产和负债的计税基础；如果收购子公司并不增发自身股权的，则控股母公司将调增其原持有的收购子公司股权的计税基础，金额等于其投入的被合并企业全部资产和负债的计税基础； 2. 收购子公司获得的控股母公司投入的被合并企业资产和负债的计税基础按照控股母公司手中的计税基础确定。

在表 14－5 中，需要特别说明的是，第 3 步的控股母公司对收购子公司的资本投入交易的特殊性税务处理规则的构建：

如本书专题 1 所述，在美国联邦税法中，第 351 条交易规则适用于规范公司组建及资本投入的特殊性税务处理。概括地讲，如果满足如下三个条件的，则可享受递延纳税待遇：（1）投资人向公司转移财产；（2）投资人转移的财产仅仅交换公司的股票；（3）投资人实现对公司的 80% 控制，且必须在交换发生

之后立即（immediately after）取得。

与之相比较，财税［2014］116 号和财税［2015］41 号构成了我国所得税法有关非货币性资产投资的所得税政策的基本规则。不论是 116 号文或是 41 号文，确立的税法规则都是：（1）非货币性资产投资属于转让非货币性资产和投资同时发生；（2）非货币性资产转让所得应于转让时实现并确认；（3）对于第（2）点确认的所得给予 5 年平均分摊计入应税所得并纳税的优惠政策。因此，要建立我国三角重组的税法规则，还需要解决有关资本投入特殊性税务处理的规则。

在我国税法中，用来解决这个问题的似乎还可以是国家税务总局公告 2014 年第 29 号第二条“企业接收股东划入资产的企业所得税处理”规定：

“（一）企业接收股东划入资产（包括股东赠予资产、上市公司在股权分置改革过程中接收原非流通股股东和新非流通股股东赠予的资产、股东放弃本企业的股权，下同），凡合同、协议约定作为资本金（包括资本公积）且在会计上已做实际处理的，不计入企业的收入总额，企业应按公允价值确定该项资产的计税基础。

（二）企业接收股东划入资产，凡作为收入处理的，应按公允价值计入收入总额，计算缴纳企业所得税，同时按公允价值确定该项资产的计税基础。”

需要注意的是，29 号公告并不能完全解决问题。与美国第 351 条交易规则不同的是，此时，收购子公司获得的标的资产的计税基础是按照公允价值确定，而不是按照标的资产在控股母公司手中的计税基础确定，笔者认为这可能也是 29 号公告第二条违反了资产计税基础连续规则的一个地方。

另外一个可能的依据是财税［2014］109 号第三条“关于股权、资产划转”的规定：

“对 100% 直接控制的居民企业之间，以及受同一或相同多家居民企业 100% 直接控制的居民企业之间按账面净值划转股权或资产，凡具有合理商业目的、不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的，股权或资产划转后连续 12 个月内不改变被划转股权或资产原来实质性经营活动，且划出方企业和划入方企业均未在会计上确认损益的，可以选择按以下规定进行特殊性税务处理：

1. 划出方企业和划入方企业均不确认所得。

2. 划入方企业取得被划转股权或资产的计税基础，以被划转股权或资产的原账面净值确定。

3. 划入方企业取得的被划转资产，应按其原账面净值计算折旧扣除。”

同时，国家税务总局公告 2015 年第 40 号第一条规定：

“（一）100%直接控制的母子公司之间，母公司向子公司按账面净值划转其持有的股权或资产，母公司获得子公司100%的股权支付。母公司按增加长期股权投资处理，子公司按接受投资（包括资本公积，下同）处理。母公司获得子公司股权的计税基础以划转股权或资产的原计税基础确定。

（二）100%直接控制的母子公司之间，母公司向子公司按账面净值划转其持有的股权或资产，母公司没有获得任何股权或非股权支付。母公司按冲减实收资本（包括资本公积，下同）处理，子公司按接受投资处理。”

但是，我们讲，109号文和40号公告仅仅适用于100%直接控制的母子公司之间的资产（股权）划转业务，并不适用于其他具有控制关系的母子公司之间，存在局限性。同时，40号公告第一条第（一）款的规定，可以直接适用于收购子公司增发股份的情形，与美国的第351条交易的结果是一致的；但第一条第（二）款的规定，则显然与29号公告第二条及税法原理规则相违背，因为母公司划转投入时并非其自身减资，而是对子公司的资本投入，反而应增加其原股权的计税基础处理。

因此，如果我国要构筑三角重组的所得税税法规则，既要将控股母公司确定为“重组当事方”，还要建立类似美国税法第351条交易真正“递延”纳税的规则，而不是116号文和41号文的当期确认所得，仅给予5年平均缴纳的优惠政策这样的税收规则。

笔者以一个正向三角吸收合并的例子来对上述规则进行说明：

【例14－6】正向三角吸收合并重组的税务处理

1. 假定，目标公司T公司的全部资产的公允价值为100万元（假定没有负债），该等资产的计税基础为60万元。在一个三角吸收合并重组中，P公司投资10万元设立了收购子公司S公司，S公司吸收合并T公司。在合并交易中，S公司以价值60万元的T股份和现金40万元作为对价支付给T公司的100%控股股东A公司（A公司持有T股份的计税基础为30万元）。

2. 基本事实同上述的第1点，除了后述事实：S公司以价值90万元的T股份和现金10万元作为对价支付给T公司的100%控股股东A公司。

问题：在上述第1和第2两种情形下，如何进行税务处理？

【解析】1. 在情形1下，股权支付比例为60%，因此，该交易只能适用一般性税务处理。

T确认的资产转让所得＝100－60＝40（万元）

A转让T股权确认的所得＝60＋40－30＝70（万元）（注：未考虑60号文

的影响）

A取得的P股份的计税基础＝60（万元）

S取得的T资产的计税基础＝60＋40＝100（万元）

P新获得的S股份的计税基础＝100（万元）

P持有的S股份的总计税基础＝100＋10＝110（万元）

2. 在情形2下，股权支付比例为90%（90/100），收购的T公司股权比例为100%，如果其他条件也满足的话，则可以选择适用特殊性税务处理。

T确认的资产转让所得＝（100－60）×（10÷100）＝4（万元）

A取得的P股份的计税基础＝T公司股权的计税基础＋A确认的收益－A收到的非股权支付对价的公允价值＝30＋（10－30×10/90）－10＝30＋6.67－10＝26.67（万元）或者计算为：30－30×10/90＝26.67（万元）。假定，在重组完成后，A立即出售其持有的P股份的话，则确认所得＝90－26.67＝63.33（万元），与在重组中确认的所得6.67万元合计为70万元，与不经过重组，A直接出售其持有的T股份确认的所得70万元（100－30）保持一致。

S取得的T资产的计税基础＝60＋4＝64（万元）

P新获得的S股份的计税基础＝64（万元）

P持有的S股份的总计税基础＝64＋10＝74（万元）

（三）反向三角吸收合并重组的税务处理规则

如前所述，实践中除了正向吸收合并重组之外，还存在反向吸收合并重组，那么后者的税务处理规则又是如何呢？我国59号文并没有明确如何进行税务处理，但是我们借鉴美国联邦公司并购重组所得税制的规定可以看出，实质与正向三角吸收合并重组的税务处理规则基本一致。其税务处理规则如下：

（1）将反向三角吸收合并视为一个正向吸收合并。即，将原本是收购子公司吸收合并入目标公司的交易视为目标公司吸收合并入收购子公司中，而收购子公司就像是做了一个“名称变更”一样；

（2）在上述（1）的基础上，按照前述的正向三角吸收合并重组的处理原则进行税务处理。笔者以一个美国联邦财政规章的示例来演示和说明上述规则：

【例14－7】[①] 反向三角吸收合并重组的税务处理

1. 事实。目标公司T公司拥有的全部资产的计税基础为＄60，公允市场价

① See 26 CFR § 1.358－6（c）（4）：Example 2. 笔者注：为了便于理解和分析，笔者在原示例基础上按照我国税法的用语习惯进行了改写，删除了IRC的法规条款援引并增补了部分说明。

值为＄100，没有负债。控股公司P公司持有的收购子公司S公司股票的计税基础为＄110。依据一个吸收合并重组计划，S吸收合并入T，T存续。在该吸收合并中，T股东以其持有的T股票作为交换而收到现金＄10和价值＄90的P股票。该交易符合一个免税反向三角吸收合并重组的条件。

2. 计税基础调整。P收购的T股票的计税基础在P在交易之前持有的S股票的计税基础＄110之上进行调整，就像在一个正向三角吸收合并重组交易中T吸收合并入S一样。在这种情形下，P在交易之前持有的S股票的计税基础＄110将调增收购的T资产的计税基础＄60，就像该等T资产被视为转让给S一样。因此，P在交易完成之后立即在其持有的T股票上的计税基础等于＄170。

3. 反向三角吸收合并重组同时还属于免税股权收购重组的情形。与T有关的事实同本例中的1，除P依据重组计划设立S之外。T股东以其持有的T股票作为交换而收到价值＄100的P股票（无现金支付）。在重组即将发生之前，T股东在T股票上的计税基础为＄85。该重组同时符合反向三角吸收合并重组和免税股权收购重组的要件。依据财政规章的规定，P既可以选择按照反向三角吸收合并重组进行处理，也可以按照免税股权收购重组处理。因此，P可以按照T的净资产的计税基础＄60确定其在T股票上的计税基础，也可以按照T股东在交易之前在T股票上的计税基础＄85确定。

4. 反向三角吸收合并中股份的分摊。其他事实同本例中的1，除了后述事实：X公司持有10%的T股票，并且未参与本次重组交易。剩余的其他T股东收到现金＄10和价值＄80的P股票。在交易之后，P持有90%的T股票。类似于2的处理原则适用此情形。即，P在交易之前持有的S股票的计税基础＄110将调增收购的T资产的计税基础＄60，就像该等T资产被视为转让给S一样。然而，该计税基础调整应当按照P在交易中并未获得T股票的比例进行调减，该比例为10%，因此，P应当调减已经调增的＄60的计税基础的10%，因此最终的调增计税基础为＄54。因此，P在交易完成后在T股票上的计税基础为＄164。

5. P持有T股票。其他事实同本例中的1，除了后述事实：P在交易之前已持有10%的T股票，该等T股票的计税基础为＄8。除P之外的所有的T股东在交易中放弃了其持有的T股票而换取了现金＄10和价值＄80的P股票。在该交易中，P并未放弃其已经持有的T股票。如果P将已经持有的T股票视为在本重组交易中取得的话，则交易完成后，P在T股票上的计税基础等于其交易前持有的S股票的计税基础＄110加上在交易中被视为转让的T资产的计税基础

＄60，即＄170。如果P并不将已经持有的T股票视为在本次重组交易中取得的话，即P将保留计税基础＄8在其以前获得的T股票中，则交易完成后，P在取得的其他T股票上的计税基础等于其交易前持有的S股票的计税基础＄110加上在交易中被视为转让的T资产的计税基础＄54（＄60×90%），即＄164。因此，P在所有的T股票上的计税基础为＄172（＄164+＄8）。

【解析】1. 总体上讲，反向三角吸收合并重组的处理思路与正向三角吸收合并重组没有区别——即视为目标公司T被吸收合并到收购子公司S中，而S只不过像是做了一个“名称变更”一样；

2.（1）在本例1中，交易视为：T将全部资产转让给P，P支付价值＄100的P股票给T，T分配给T股东；P将获得的T资产向下投入到S中，由于整个交易属于免税交易（股权支付比例为90%>40%[①]），所以，T资产的计税基础＄60转移到S中。因此，P持有的T股票的计税基础=＄110+＄60=＄170（参见本例中的2）；

（2）在本例3中，其实说的是交易符合两种重组类型时，重组当事人可以选择适用的问题。如果选择适用反向三角吸收合并重组，则有关处理与上述（1）的处理相同，P在T股票上的计税基础=＄110+＄60=＄170；如果选择免税股权收购重组（美国税法称为“B”型重组）处理，则P在T股票上的的计税基础为＄85，即以T股东在交易之前在T股票上的计税基础确定。后者的有关税务处理与我国59号文的免税股权收购重组处理并没有区别；

（3）在本例4中，其实说的就是目标公司有部分股东不愿意参与合并时的处理原则，即按照其股票比例进行分摊计算计税基础。所以，视为转移到P手中的T股票计税基础=＄60×90%=＄54，所以在交易完成后，P在T股票上的计税基础=＄110+＄54=＄164；

（4）在本例5中，该交易属于一种特殊的情形——即，收购子公司的控股母公司在交易之前已经在目标公司中拥有权益或者说持有股票的情形。这种情形下，美国联邦税法给予了重组当事方两种可供选择的处理方式：

①将P交易之前已经持有的T公司的10%股票的计税基础维持不变，视为该股票在交易之前即获得，并不纳入本次重组考虑——实质相当于参与合并的就只是剩余的90%的T股票（股东），T向P移交90%的资产（公允价值＄90），处理原则同上述的第（3）点（本例中的4）。所以，交易完成后，P持

---

① 笔者注：美国联邦税法规定一个吸收合并重组（A型兼并重组）的股权比例达到40%即符合免税重组的要求。

有的T股票的计税基础 = \$110 + \$60×90% + \$8 = \$110 + \$54 + \$8 = \$172；

②与上述①正好相反，将P交易之前已经持有的T公司的10%股票的视为在本次重组中取得。即是说，T移交全部100%资产给P（公允价值\$100），P支付的对价是现金\$10、价值\$80的P股票和价值\$10的T股票，合计公允价值\$100。我们可以发现，与①的处理的区别在于：支付对价中增加了一个价值\$10的T股票，相当于P在本次重组中交回了持有的10%的T股票而获得了价值\$10的T资产（或者视为T以其价值\$100的资产交换了现金\$10、价值\$80的P股票，并同时回购了价值\$10的T股票）。此时，P持有的T股票的计税基础的确定按照上述第（2）点的处理进行，即计税基础 = \$110 + \$60 = \$170。

那么，这两种计税基础处理方式的结果存在\$2的差异，会不会导致不同的税务后果呢？笔者认为就整个交易和所有重组当事方而言不会存在差异。原因在于，P原持有的T股票的外部计税基础为\$8，而对应的T资产的内部计税基础为\$6（\$60×10%），从整个重组交易来看，P以后出售T股票少确认的所得\$2将在以后对T资产的出售时得以体现出来，总体上并没有差异。

尽管我国税法（主要指59号文）目前并没有明确是否赞同三角并购重组交易（不论是正向或反向），但是在《公司法》和《合同法》上并没有任何禁止性规定，遵从“法无明文禁止即允许”的原则，在实务中，这样的交易并非没有而是很多见。因此，笔者建议，我国税法应当对此进行明确和规范，避免适用争议。

专题 15：企业合并的税务疑难问题

内容概览

尽管59号文对企业合并重组的所得税处理进行了明确的规定，但在实践中，依然存在一些适用疑难和争议。在本专题中，笔者将集中介绍最主要的12个方面的问题。本专题包含如下内容：

■ 企业合并重组的概念与实质

■ 非股权支付对应资产转让确认所得中“资产”的理解和适用

■ 反向合并（亏损企业合并盈利企业）的所得税处理

■ 纵向吸收合并（“向上纵向吸收合并”和“向下纵向吸收合并”）的所得税处理

■ 横向吸收合并的所得税处理

■“同一控制下且不需要支付对价”合并的理解和适用

■ 如何理解和适用“可由合并企业弥补的被合并企业亏损的限额 = 被合并企业净资产公允价值 × 截至合并业务发生当年年末国家发行的最长期限的国债利率”

■ 在母子公司吸收合并中，子公司可弥补亏损的结转利用

■ 企业合并中，被合并企业存在自然人股东时的税务处理

■ 企业合并重组中商誉的税务处理问题

■ 上市公司换股吸收合并“现金选择权”对税务处理的影响

■ 三角吸收合并（“正向三角吸收合并”和“反向三角吸收合并”）的所得税处理

一、企业合并重组的概念与实质

59 号文第一条第（五）项规定：“合并，是指一家或多家企业（以下称为被合并企业）将其全部资产和负债转让给另一家现存或新设企业（以下称为合并企业），被合并企业股东换取合并企业的股权或非股权支付，实现两个或两个

以上企业的依法合并。”笔者认为，对于企业合并重组定义的理解需要注意如下三点：

一是，“一家或多家企业（以下称为被合并企业）将其全部资产和负债转让给另一家现存或新设企业（以下称为合并企业）”，该句定义明确表述企业合并系合并企业与被合并企业之间的资产和负债（净资产）转让行为。此处需要注意的是“全部资产和负债”，我们在本书专题12中曾经论述了承担债务构成非股权支付的问题，在企业合并中，合并企业承担了被合并企业的债务也应该属于非股权支付。所以，笔者在前文曾经论述过这可能会极大地阻碍企业并购重组活动的进行，建议调整为“与被收购资产相关联的负债（构成‘业务’）不作为非股权支付”的观点。

二是，“被合并企业股东换取合并企业的股权或非股权支付”，该句定义描述的是“被合并企业股东”“换取”了“合并企业”支付的“股权或非股权支付”对价，似乎定义的又是被合并企业股东与合并企业之间的交易行为。即是说，企业合并属于被合并企业股东获得了合并企业支付的对价，但是被合并企业为什么会获得合并企业支付的对价，它又以什么作为对价从而获得合并企业支付的对价呢？这与上述第一点中所述的企业合并属于合并企业与被合并企业之间的交易行为是否相冲突呢？事实上，定义中的前一句强调被合并企业“将其全部资产和负债转让”给合并企业，交易的对象是被合并企业和合并企业；后一句又强调被合并企业股东“换取”合并企业的“股权或非股权支付”，似乎交易的对象又是被合并企业股东和合并企业，这给我们理解并适用企业合并重组的交易实质以及税务处理带来了困惑。那么到底企业合并属于哪两者之间的交易行为？到底属于合并企业和被合并企业之间的“资产收购”交易或是合并企业和被合并企业股东之间的“股权收购”交易呢？笔者认为企业合并的交易实质属于前者。因为，定义中的“换取”实质是被合并企业在解散注销中，其股东交回持有的被合并企业的股权而换取了合并中被合并企业收到的合并企业支付的“股权或非股权支付”对价。

三是，与我国《公司法》第一百七十二条有关公司合并的规定相同，即是说，企业合并重组包括吸收合并和新设合并两大类型。吸收合并是指两个以上的企业合并时，其中一个企业吸收了其他企业而存续（下称“存续企业”），被吸收的企业解散并注销分配。新设合并是指两个以上企业合并为一个新企业（下称“新设企业”），参与合并各方解散并注销分配。

二、非股权支付对应资产转让确认所得中“资产”的理解和适用

在特殊性税务处理中，被合并企业在以公允价值出售/处置其资产给合并企业的交易中，对于合并企业的股权支付部分不确认任何所得或损失。但是，如果合并企业还同时支付了非股权支付，则按照59号文第六条第（六）项的规定处理：

“重组交易各方按本条（一）至（五）项规定对交易中股权支付暂不确认有关资产的转让所得或损失的，其非股权支付仍应在交易当期确认相应的资产转让所得或损失，并调整相应资产的计税基础。

非股权支付对应的资产转让所得或损失＝（被转让资产的公允价值－被转让资产的计税基础）×（非股权支付金额÷被转让资产的公允价值）”

因此，非股权支付部分仍应在交易当期确认相应的所得或损失，并相应地调整资产的计税基础。

需要注意的是，在实务中，上述“资产”到底是指“单纯的资产”还是“净资产”却产生了争议，因为采取两种方式计算的结果可能会完全不同。

笔者结合本书专题12“企业重组所得税制的‘债务承担’规则与实践”并以如下例子来展开讨论：

【例15－1】非股权支付对应资产确认所得计算公式中“资产”如何理解？

假定，X公司计划吸收合并Y公司，在合并基准日，Y公司的资产、负债的账面价值、计税基础以及公允价值如下表（单位：万元）：

项目	资产	负债	净资产
账面价值	1,000	100	900
计税基础	1,000	100	900
公允价值	1,100	100	1,000

情形1：X公司增发价值1,000万元的股份作为对价。

股权支付比例＝1,000/1,100＝90.91%＞85%，假定其他条件也满足，重组当事方选择适用特殊性税务处理。则：

按资产计算：Y公司确认的非股权支付对应资产转让所得＝（1,100－1,000）×（100÷1,100）＝9.09（万元）

按净资产计算：Y公司确认的非股权支付对应资产转让所得＝（1,000－900）×（100÷1,000）＝10（万元）

【解析】在本情形下，交易支付总额按被合并资产的公允价值 1,100 万元确定。根据 59 号文的规定，合并企业承担被合并企业的债务视为非股权支付。因此，股权支付金额为 1,000 万元，非股权支付金额为 100 万元。股权支付比例为 90.91%。

我们可以发现，尽管 X 公司形式上实际支付的对价全部为股权支付，但 Y 公司依然会确认 9.09 万元的所得。这也是笔者在前文所述的 59 号文债务承担规则不合理的地方。如果被合并企业负债比例超过 15% 的情形下，更会导致整个交易不适用特殊性税务处理。

如果借鉴美国联邦税法的规定，除股权支付之外的唯一的非股权支付对价系承担债务的话，则该债务在计算股权支付比例时将被忽略，或者视为股权支付对价对待。如果是这样的话，则 X 公司承担的 100 万元债务不视为非股权支付。因此，上述的两个计算方式在美国税法下都是错误的，即是说在此种情形下，不存在确认非股权支付对应资产转让所得的问题。

情形 2：X 公司增发价值 950 万元的股份和 50 万元现金作为对价。

股权支付比例 =950/1,100 =86.36% >85%，假定其他条件也满足，重组当事方选择适用特殊性税务处理。

资产方式：Y 公司确认的非股权支付对应资产转让所得 =（1,100 -1,000）×［（100 +50）÷1,100）］=18.18（万元）

净资产方式：Y 公司确认的非股权支付对应资产转让所得 =（1,000 -900）×（50 ÷1,000）=10（万元）

【解析】在此情形下，交易支付总额按被合并资产的公允价值 1,100 万元确定。根据 59 号文的规定，合并企业承担被合并企业的债务视为非股权支付。因此，股权支付金额为 950 万元，非股权支付金额为 150 万元。股权支付比例为 86.36%。

如果借鉴美国联邦税法的规定，除股权支付之外的唯一的非股权支付对价并非仅为承担债务的话，则该债务在计算股权支付比例时将被视为股权支付对价对待。如果是这样的话，则 X 公司支付的非股权支付对价为 150 万元（100 +50）。因此，上述的两个计算方式无论是在中国税法还是在美国税法下都是正确的。

按资产计算无疑最符合 59 号文该计算公式的字面规定，同时也符合承担债务属于非股权支付的规定。但是，我们发现，在通常情况下，按照净资产计算的应确认所得或损失会大于按照资产计算的金额。

那么，到底以何者的计算为准呢？笔者分析如下：

1. 从合同法理论以及59号文的规定来看，按照单纯的资产来计算无疑是主流的观点。因为这反映了资产转让需要确认所得的真实情况；

2. 但按照净资产来计算也并非全无道理。其支持的主要理由如下：

（1）在企业合并中，合并企业接受的是被合并企业的全部资产和负债，并且合并企业还按照被合并企业的原计税基础来确定这些资产和负债的计税基础，如果负债的计税基础与负债的公允价值之间存在差异，则属于应确认的所得或损失。从此意义上讲，此处的资产实质是包含相关负债在内的“资产包”；

（2）在实务中，企业合并的作价一般都是在净资产的公允价值基础上来协商确定的，一般按照净资产公允价值确定，这个时候已经考虑了负债低减并实现所得或损失的因素，既然在判断是否适用于特殊性税务处理的时并未将承担负债视为非股权支付，那么在计算非股权支付对应的所得时亦应采用一致的标准。

综上所述，笔者认为，应根据59号文规定做字面文义解释，按照单纯资产的观点来进行计算。但从简化税务处理以及鼓励重组的角度，应采包含相关负债在内的“净资产”观点为宜（若无特别区分，本书在企业合并中采用净资产观点来进行有关税务）。

三、反向合并（亏损企业合并盈利企业）的所得税处理

在企业合并重组实务中，重组当事人为了各种其他目的，也可能主要基于所得税目的从而进行“反向”的企业合并——即利用亏损企业合并盈利企业，从而达到可以利用被合并企业的利润弥补原亏损企业的亏损的目的。那么，这样的税务筹划是否有效呢？实践中存在两种观点：

观点一：该种税务筹划是有效的。因为59号文本身只规定了合并企业（存续企业）利用被合并企业亏损的限额，并没有明确规定合并企业（存续企业）对自身亏损的弥补是否存在限额。因此，合并企业以前年度的亏损可以有效地被合并的盈利所弥补。

观点二：尽管59号文本身并没有明确指明合并企业（存续企业）对自身亏损的弥补是否存在限额，但按照一般税法原理和规定，合并企业对自身亏损依然可以在归属于其对应资产的应纳税所得额中予以弥补，即不允许资产盈利之间的交叉弥补。有关计算公式为：

某一纳税年度可弥补合并企业合并前亏损的所得额 = 合并企业某一纳税年度未弥补亏损前的所得额 ×（原合并企业净资产公允价值 ÷ 合并后合并企业全部净资产公允价值）

因此，这种税务筹划显然是无效的。

笔者赞同第二种观点。理由在于：企业可以持续弥补自身以前年度的亏损的原理在于企业经营连续性理论——即只有产生这些净营业亏损的营业/资产所产生的利润才能被用于抵减该等营业/资产所产生的净营业亏损。这也是为了“减缓会计分期对应税所得计算所造成的扭曲与不公平”。

四、纵向吸收合并（“向上纵向吸收合并”和“向下纵向吸收合并”）的所得税处理

从实践来看，在控股集团公司内部重组时，经常会出现母子公司之间的纵向吸收合并（下称“纵向吸收合并”）和兄弟公司之间的横向吸收合并（下称“横向吸收合并”）。对于纵向吸收合并，根据是母公司或是子公司作为合并方又可以分为“向上纵向吸收合并”和“向下纵向吸收合并”，前者是指母公司吸收合并子公司，后者是指子公司吸收合并母公司。

我们知道，59 号文第六条第（四）项规定，企业股东在该企业合并发生时取得的股权支付金额不低于其交易支付总额的 85%，以及同一控制下且不需要支付对价的企业合并，可以选择适用特殊性税务处理。但是，对于“企业股东在该企业合并发生时取得的股权支付金额不低于其交易支付总额的 85%”以及“同一控制下且不需要支付对价的企业合并”如何理解和适用却出现了极大的争议，主要出现在纵向吸收合并中。对于纵向吸收合并，是否满足特殊性税务处理的条件，其争议的焦点集中在如下三点：

（a）纵向吸收合并属于一个“吸收合并”还是一个“被合并企业清算”？

（b）59 号文规定的“交易支付总额”是以被合并企业（子公司）的净资产公允价值为准，还是以合并企业（母公司）支付的股权对价为准？或者说，合并企业（母公司）在被合并企业（子公司）解散注销过程中返还持有的被合并企业（子公司）股份是否构成“交易支付总额”的一部分？

（c）合并企业（母公司）在被合并企业（子公司）解散注销过程中返还持有的被合并企业（子公司）股份属于“股权支付”还是“非股权支付”？

下面我们按照合并类型以及是否属于全资子公司来分别进行阐述。

（一）向上纵向吸收合并的所得税处理

1. 母公司吸收合并全资子公司

关于母子公司纵向吸收合并的税务处理主要存在三种观点：

观点一：母公司吸收合并全资子公司，视为全资子公司的清算分配。理由

是，母公司吸收合并全资子公司并不实质改变母公司所能控制的经济资源，所以不是企业合并；

观点二：按照59号文的规定，母公司吸收合并全资子公司符合特殊性税务处理的条件，适用合并重组的特殊性税务处理，不视为子公司的清算分配。理由是，母公司吸收合并全资子公司属于“企业股东在该企业合并发生时取得的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%”的交易；

观点三：母公司吸收合并全资子公司属于子公司的清算分配，或是属于吸收合并，取决于交易是属于“清算”还是“重组”，如果子公司清算注销的主要目的在于停止子公司的经营活动，子公司应作为清算处理；如果只是子公司将其自身各项资产、负债分配给母公司，子公司的各项原先从事的业务活动在母公司这一法人框架内仍然是延续的，则属于合并重组。

笔者赞同上述第二种观点。理由在于：

①这属于合并与清算分配的竞合。如何适用不能采取“一刀切”的态度，应当给予企业提供证据，证明自己的意图是什么的机会。比如，按照4号公告的思路，可以叫企业提供被吸收合并子公司的营业在母公司继续的计划或承诺等；

②59号文第四条第（四）项有关企业合并的一般性税务处理规定：被合并企业及其股东都应按清算进行所得税处理。因为，一般性税务处理要按照60号文的规定进行清算，并按照资产的公允价值确认清算所得或损失。因此，这时按照合并处理和清算处理在税法上已经没有区别，反而是会计处理上差异很大；

③如果母公司吸收合并全资子公司适用特殊性税务处理，则观点一和观点二的税务处理差异很大（等同于一般性税务处理和特殊性税务处理的差异）。但这只是判断母公司吸收合并全资子公司是否适用特殊性税务处理的问题，按照适用特殊性税务处理的要求，交易必须满足一般性要求和特殊性要求双重条件的约束，如果可以判断它符合特殊性税务处理的要求，则观点三又有什么意义呢，因为它已经保证经营的持续了。

综上所述，59号文有关合并重组的一般性税务处理和特殊性税务处理已经将观点一和观点三包含进去了。笔者以下例来进行说明：

【例15-2】母公司吸收合并全资子公司的所得税处理

假定，A公司持有甲公司100%的股权，甲公司资产的公允价值为1.5个亿，负债公允价值为0.5个亿，净资产公允价值为1个亿。2012年3月，A公司按照公司法吸收合并的规定，对甲公司实施了吸收合并。

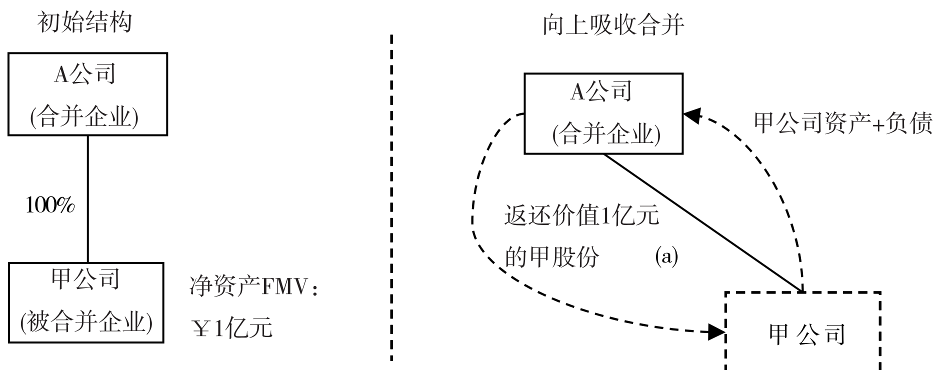
问题：

1. 本交易是否属于“同一控制下且不需要支付对价的企业合并”？如果不是，交易支付总额和股权支付总额是多少？

2. 本交易中，被合并企业的股东（合并前母公司）在被合并企业的股东权益是否持续？

【解析】

1. 让我们先从本交易的架构来进行分析，有关交易架构图如下：



在本交易中，重组交易的直接当事方是A公司和甲公司，间接当事方是甲公司的股东A公司（与合并方A公司重合）。

在上述（a）步骤交易中，A公司支付（或称为“返还”）给甲公司的对价是其持有的价值1个亿的100%甲股权，甲公司支付的对价是其全部资产和负债（暂不考虑承担负债构成非股权支付的影响）。事实上，该交易属于子公司甲公司的清算分配的交易，亦属于甲公司以全部资产和负债回购A公司持有的甲公司100%股权的交易。从前述分析可以看出，A公司在交易中支付了对价，交易支付总额为1个亿，股权支付额为1个亿，股权支付比例为100%，属于满足“企业股东在该企业合并发生时取得的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%”的吸收合并交易，并不属于“同一控制下且不需要支付对价的企业合并”。从此意思上可以看出，某些学者认为59号文规定的“同一控制下且不需要支付对价的企业合并”属于母公司与持有股权的子公司之间的吸收合并，就持有股权部分不需要支付对价的观点是理解错误。

2. 如果母公司吸收合并全资子公司适用特殊性税务处理的话，一个必须要解决的问题就是，被合并企业的股东（合并前母公司）在存续企业（合并后母公司）的权益如何持续？应该讲，这个问题并不复杂，就是它直接在被合并企

业（子公司）原拥有的资产上的直接权益持续。其实，美国联邦税法有关股东权益连续的财政规章就明确规定了这种股东权益连续的情形——“A proprietary interest in the target corporation is preserved if, in a potential reorganization, it is exchanged for a proprietary interest in the issuing corporation (as defined in paragraph (b) of this section), it is **exchanged by the acquiring corporation for a direct interest in the target corporation enterprise**, or it otherwise continues as a proprietary interest in the target corporation. However, a proprietary interest in the target corporation is not preserved if, in connection with the potential reorganization, it is acquired by the issuing corporation for consideration other than stock of the issuing corporation, or stock of the issuing corporation furnished in exchange for a proprietary interest in the target corporation in the potential reorganization is redeemed.”①

上述加粗条款描述的情形即是，收购公司属于目标公司的一个股东，收购公司以在目标公司的股权交换了收购公司在收购的目标公司资产上的直接利益。

2. 母公司或上层公司吸收合并非全资子公司

母公司或上层公司吸收合并非全资子公司包括两种情形：吸收合并受控子公司和吸收合并非受控子公司。笔者以下例来进行说明：

【例 15－3】上层公司吸收合并非受控子公司的所得税处理

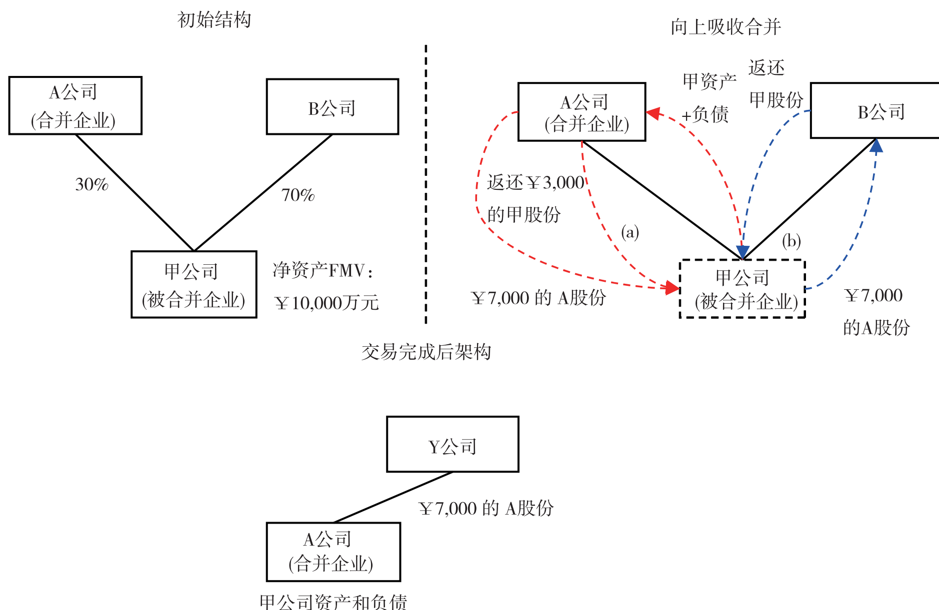
假定，A 公司持有甲公司 30% 的股权，B 公司持有甲公司 70% 的股权。甲公司资产的公允价值为 1.5 个亿，负债公允价值为 0.5 个亿，净资产公允价值为 1 个亿。2012 年 3 月，A 公司按照公司法吸收合并的规定，对甲公司实施了吸收合并。A 公司增发价值 7000 万元股份作为对价支付给 B 公司。

问题：该吸收合并是否符合特殊性税务处理条件？

【解析】该交易有关股权和交易架构图如下：

---

① See 26 CFR 1.368－1 (e) (1) (i).



注：甲公司的净资产为￥10,000 万元，因此 B 公司在甲公司中享有的权益￥7,000 万元（￥10,000×70%）。因此，A 公司以价值￥7,000 万元的 A 股份作为对价交换了甲公司的全部资产和负债（￥10,000 万元），实质是交换了 B 公司在甲公司享有的￥7,000 万元权益。因此，甲公司在清算中将价值￥7,000 万元的 A 股份分配给 B 公司。

1. 上述交易的实质是 A 公司获取了甲公司的全部净资产，部分以其持有的甲公司股份（￥3,000）、部分以其自身的 A 公司股份（￥7,000）为对价而获得，即是说，A 公司获取甲公司的全部净资产，其中￥7,000 部分使用了其自身股份，另外的￥3,000 部分则使用了其持有的甲公司股份。因此，在适用 59 号文的特殊性税务处理条件时，应当将甲公司的净资产的公允市场价值作为“交易支付总额”，或者说将甲公司股份（￥3,000）与 A 公司股份（￥7,000）之和作为“交易支付总额”，也就是说甲公司股份（￥3,000）构成对价的一部分；

2. A 公司以其持有的甲公司股份（￥3,000）作为对价属于“股权支付”，这与 59 号文第二条对“股权支付”的定义中提及的“以本企业或其控股企业的股权、股份作为支付的形式”相一致，而 4 号公告对“控股企业”的定义是“由本企业直接持有股份的企业”。因此，股权支付比例 = 股权支付额￥10,000/交易支付总额￥10,000 = 100%；

3. A 公司（合并企业）与甲公司（被合并企业）的吸收合并属于“向上纵向吸收合并”，也属于一个目标公司清算解散的“资产收购”，因为它都符合有关企业合并和资产收购的定义。同时，应当将对甲公司的全部净资产的收购以

及甲公司的清算综合在一起来审视，甲公司的清算规则（60 号文）将不适用，即是说由于该交易符合特殊性税务处理的条件，则 59 号文第四条第（四）项第 2 目的“被合并企业及其股东都应按清算进行所得税处理”的规定将不适用。

4. 如果考虑承担债务属于非股权支付的因素，则交易支付总额为 1.5 个亿，股权支付额为 1 个亿，非股权支付额为 0.5 个亿，股权支付的比例为 66.67%（10,000/15,000）<85%。因此，该交易不符合特殊性税务处理的要求。对于向上纵向吸收合并，如果负债和资产的公允价值的比例高于 15% 的话，该合并往往不能满足特殊性税务处理，但这对交易（特别是对全资子公司的吸收合并）而言，得出的结论似乎显得有点荒谬！这也一定程度上反映出我国 59 号文有关“承担债务”属于非股权支付的税法规定并不完善。此时，可以借鉴美国税法的规定，如果除股权支付之外的唯一非股权支付对价系承担债务的话，在计算股权支付比例时不视为非股权支付。

综上所述，笔者对有关“向上纵向吸收合并”的所得税处理规则建议如下：

（1）交易不属于“同一控制下且不需要支付对价的企业合并”；

（2）“交易支付总额”以被合并企业的资产公允价值确定；合并企业持有的被合并企业的股份构成对价的一部分，并且属于“股权支付”对价；在不存在其他非股权支付时，合并企业承担的被合并企业的债务不被视为非股权支付。是否符合特殊性税务处理的条件，需要审查确定是否满足“企业股东在该企业合并发生时取得的股权支付金额不低于其交易支付总额的 85%”；

（3）如果符合特殊性税务处理条件，则被合并企业的清算税收规则（60 号文）将不适用。

（二）向下纵向吸收合并的所得税处理

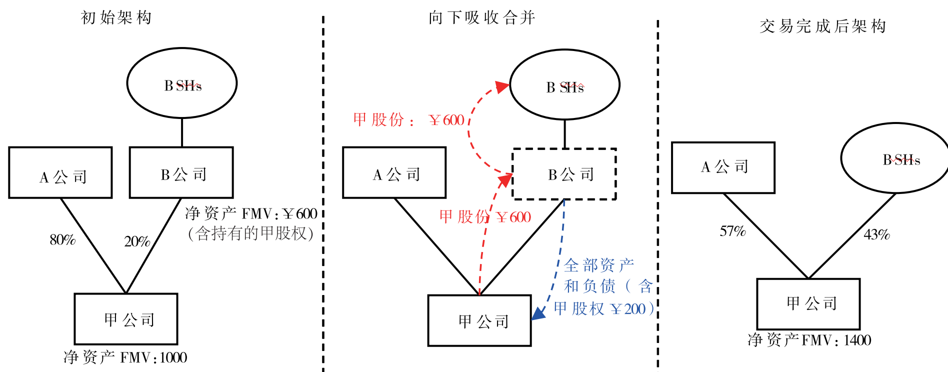
我们在第（一）部分中介绍了“向上纵向吸收合并”，实务中可能还存在另外一种纵向吸收合并——“向下纵向吸收合并”。事实上，这种吸收合并相对比较少见。59 号文也没有明确禁止和反对这种特殊形式的吸收合并。

【例 15-4】子公司吸收合并母公司的所得税处理

假定，A 公司和 B 公司分别持有甲公司 80% 和 20% 的股权。A 公司和 B 公司基于业务整合的需要，计划将 B 公司吸收合并入甲公司中。在合并重组日，甲公司净资产公允价值为 1,000 万元，B 公司资产公允价值为 800 万元，负债公允价值为 200 万元，净资产的公允价值为 600 万元（含持有的甲股权的公允价值 200 万元）。

问题：该交易是否符合特殊性税务处理条件？

【解析】该交易有关股权和交易架构图如下：



1. 在 B 公司向下吸收合并中，B 公司净资产的公允价值为 600 万元（含持有的 B 股权的公允价值 200 万元），甲公司以价值 600 万元的甲股份作为对价支付给 B 公司收购 B 公司的全部净资产。我们可以看出，甲公司发行的价值 200 万元的甲股权用于交换了 B 公司原持有的 20% 甲股权，甲公司发行的价值 400 万元的甲股权用于收购 B 公司本身持有的全部净资产（20% 甲股权资产除外）。B 公司在注销分配中，将价值 600 万元的甲公司股权分配给其股东，用于收回股东持有的 B 公司股权。合并完成后，B 公司的股东成为了甲公司的新股东。

合并完成后，甲公司净资产公允价值为 1,400 万元（1,000 + 600 − 200），B 公司原股东在甲公司的股权比例为 43%（600/1,400），A 公司在甲公司的股权比例为 57%（800/1,400）。

2. 本交易中，交易支付总额为 600 万元，股权支付额为 600 万元，股权支付比例为 100%，如果其他条件也满足，则该交易符合特殊性税务处理的条件。

3. 如果考虑承担债务属于非股权支付，则交易支付总额为 800 万元，股权支付额为 600 万元，非股权支付额为 200 万元，股权支付的比例为 75%（600/800）＜85%，因此，该交易不符合特殊性税务处理的要求。

综上所述，可以得出结论，纵向吸收合并，不论是向上纵向吸收合并还是向下纵向吸收合并皆不属于“同一控制下且不需要支付对价的企业合并”，而应该通过分析交易流程而判断是否符合“企业股东在该企业合并发生时取得的股权支付金额不低于其交易支付总额的 85%”。

五、横向吸收合并的所得税处理

在第四部分中，我们讨论了纵向吸收合并的所得税处理。在本部分，我们

接着讨论横向吸收合并的所得税处理。

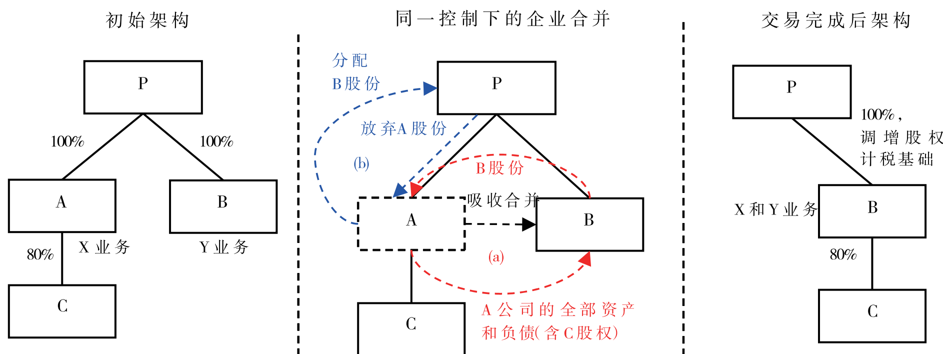
在同一控制下，母公司控股的兄弟子公司之间的吸收合并通常就是我们所称的横向吸收合并。此时，合并子公司向被合并子公司支付合并对价，被合并子公司在解散注销中将该等合并对价分配给其股东。合并完成后，被合并子公司的母公司增持合并子公司的股权。

【例15－5】同一控制下，母公司100%控股的子公司之间吸收合并

假定，P公司全资拥有子公司A公司和B公司超过1年。P的主要业务为X业务和Y业务，分别由A公司（含子公司C公司）和B公司经营。现在，P公司基于总体战略安排和相关税务考虑需要对X业务进行重组，即将A公司（连同其持有的C公司80%股权）吸收合并入B公司中，B公司增发股份对价支付给P公司。假定，有关特殊性税务处理的其他要求都满足。

问题：该交易是否满足特殊性税务处理的要求?

【解析】该交易有关股权和交易架构图如下：



1. 在上图（a）步骤资产交换交易中，合并企业B公司获得被合并企业A公司的全部资产和负债（含C公司80%股权），增发等值的B股份作为对价支付给A；在上图（b）步骤A公司解散注销中，P返还其持有的全部A股份，收取了合并对价B股份。该交易股权支付比例为100%，适用特殊性税务处理；

2. P公司在B公司股权上的计税基础调增，等于P公司持有的A公司股权上的原计税基础。

因此，通过对价分析，同一控制下的兄弟公司之间的横向吸收合并，如果

不属于股东对企业的“无偿资产划入”[①] 或者“无偿资产（股权）划转”[②] 的情形的，则不属于“同一控制下且不需要支付对价的企业合并”。由于“无偿资产划入”仅仅适用于股东与被投资企业之间的资产划入，而“无偿划转”仅仅适用100%控股集团公司内部的资产（股权）划转，这两种情形的确是“不需要支付对价”，但我们注意到59号文出台远远早于2014年第29号公告、财税［2014］109号文和2015年第40号公告，并且重组与资产划入、划转的特殊性税务处理的适用条件并不完全一致，显然“同一控制下且不需要支付对价的企业合并”是指前述“无偿资产划入”、“无偿资产（股权）划转”亦值得商榷。

六、“同一控制下且不需要支付对价的合并”的理解和适用

如前所述，我们在讨论纵向吸收合并和横向吸收合并时，已经或多或少地涉及了“同一控制下且不需要支付对价企业合并”的问题。在此，我们集中对此进行讨论。

在59号文出台之后，对此的理解，实践中存在如下几种观点：

观点一：59号文的“同一控制下且不需要支付对价的合并”是指“纵向的具有控股关系的公司之间的合并”。该观点的理由是：上层公司全部/部分持有下层公司的股权，因此吸收合并下层公司时将就持有的股权部分而言“不支付对价”。譬如，如果A公司持有B公司100%股份，A公司对B公司实施吸收合并时，无需支付任何对价，这种情况就属于59号文所称“同一控制下且不需要支付对价的企业合并”。当存续企业持有被合并企业一部分股份时，其持有的部分股份无需支付对价，因此股权支付金额为剩余股权部分公允价值，而不是所有被合并企业净资产公允价值。

观点二：母公司100%控股的兄弟子公司之间的吸收合并，合并企业不向被合并企业的股东（合并企业的母公司）支付任何对价（也不增发股份）时，仅调增被合并企业的股东（也是合并企业的股东）在合并企业原股份上的计税基础时才是“不需要支付对价”，这个时候在税法上（参照适用2014年第29号公

---

① 笔者注：有关股东对企业的资产划入的税收规则见《国家税务总局关于企业所得税应纳税所得额若干问题的公告》（国家税务总局公告2014年第29号）。有关内容请读者参阅本书“专题5：资产划入、资产（股权）划转的税务问题”。

② 笔者注：有关100%控股集团公司下的无偿划转的税收处理规则见《财政部 国家税务总局关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知》（财税［2014］109号）、《国家税务总局关于资产（股权）划转企业所得税征管问题的公告》（国税总局公告2015年第40号）。有关内容请读者参阅本书“专题5：资产划入、资产（股权）划转的税务问题”。

告）视同为追加投资（不新增发股份）（在美国联邦税法中亦是可以）。调增的金额“以其原持有的被合并企业股权的计税基础确定”。

观点三：还存在一种理解是，被合并企业的资产与负债基本相等，即净资产几乎为零，合并企业以承担被合并企业全部债务的方式实现吸收合并，即所谓的“承债式吸收合并”。这种情形属于59号文规定的同一控制下不需要支付对价的合并。

观点四：在109号文和40号公告下，100%直接同一控制下的子公司之间的资产（股权）划转属于“无偿划转”，控股母公司在交易中未收到任何对价，视为将划转资产（股权）对合并子公司的“资本投入”，仅仅调整持有的合并子公司原股权的计税基础，合并子公司无须增发新的股份。

笔者分析认为：

1. 对观点一和观点四，我们曾经在前文对此进行过分析讨论。显然，笔者并不赞同这两个观点；

2. 对于观点三，按照59号文的规定，“承担债务”属于非股权支付，因此，笔者认为“承债式吸收合并”并不构成同一控制下不需要支付对价的合并。除非，59号文采取净资产的观点，只有这样才构成不需要支付对价。同时，承担债务式的合并也未必一定要“同一控制下”的前置条件；

3. 对于观点二，我们知道，根据29号公告第二条规定：“企业接收股东划入资产的企业所得税处理”规定：“（一）企业接收股东划入资产（包括股东赠予资产、上市公司在股权分置改革过程中接收原非流通股股东和新非流通股股东赠予的资产、股东放弃本企业的股权，下同），凡合同、协议约定作为资本金（包括资本公积）且在会计上已做实际处理的，不计入企业的收入总额，企业应按公允价值确定该项资产的计税基础。（二）企业接收股东划入资产，凡作为收入处理的，应按公允价值计入收入总额，计算缴纳企业所得税，同时按公允价值确定该项资产的计税基础。”从该规定来看，这似乎为同一控制下不需要支付对价的合并找到了解释。即，在横向吸收合并中，被合并企业的股东（100%控股母公司）不接受任何对价，视为在被合并企业的注销解散中直接返还持有的被合并企业的股份，或者说视为100%控股母公司将其拥有的被合并企业的净资产作为资本投入到合并企业并计入合并企业的“资本公积（资本溢价）”。

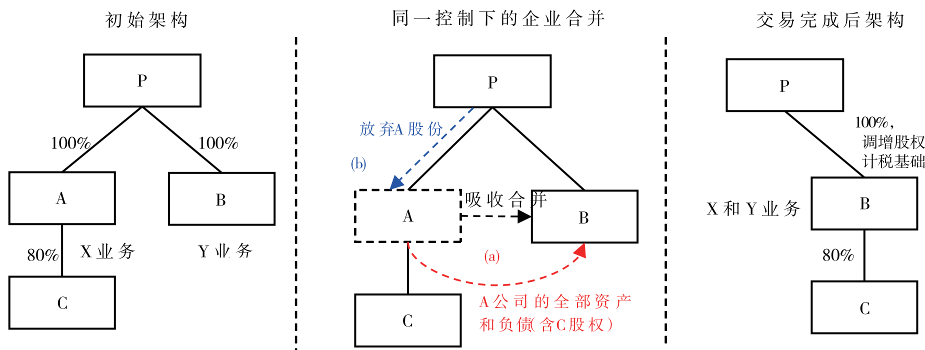
综上所述，笔者认为，国家税务总局应该对59号文的“同一控制下且不需要支付对价企业合并”进行明确的界定，以避免实务适用争议。

最后，让我们以一个横向吸收合并中不支付合并对价的例子来结束讨论。

【例 15－6】同一控制下，母公司非 100% 控股的子公司间吸收合并

基本事实同【例 15－5】。除了如下事实：在吸收合并交易中，B 公司未支付任何合并对价。

【解析】该交易有关股权和交易架构图如下：



1. 在上图（a）步骤资产交换交易中，合并企业 B 公司获得了被合并企业 A 公司的全部资产和负债（含 C 公司 80% 股权），但 B 公司并不增发股份作为对价；在上图（b）步骤 A 公司解散注销中，P 公司返还其持有的全部 A 股份。

2. P 公司在 B 公司原有股权上的计税基础调增，等于 P 公司持有的 A 公司股权上的原计税基础。

由于 A 公司和 B 公司同受 P 公司控制，且在吸收合并交易中，B 公司未支付任何对价，因此，本交易属于“同一控制下且不需要支付对价的合并”，适用特殊性税务处理。

七、如何理解和适用“可由合并企业弥补的被合并企业亏损的限额＝被合并企业净资产公允价值×截至合并业务发生当年年末国家发行的最长期限的国债利率”

59 号文第六条第（四）项规定：“……2. 被合并企业合并前的相关所得税事项由合并企业承继；3. 可由合并企业弥补的被合并企业亏损的限额＝被合并企业净资产公允价值×截至合并业务发生当年年末国家发行的最长期限的国债利率。”4 号公告第二十六条规定：“《通知》第六条第（四）项所规定的可由合并企业弥补的被合并企业亏损的限额，是指按《税法》规定的剩余结转年限内，每年可由合并企业弥补的被合并企业亏损的限额。”

上述规定借鉴了美国联邦公司并购重组所得税税制的立法。美国联邦税收法典第 382（a）条款规定，“可以被变化前亏损（pre－change losses）所弥补的

任何新亏损公司（new loss corporation）的任何变化后年度（post－change year）的应税所得金额不得超过该年度的第382条限额（section 382 limitation）。”[①] 第382条限额是指任何变化后年度可以结转利用的亏损不得超过的限额，它等于旧亏损公司（old loss corporation）的价值（value）乘以长期免税利率（long－term tax－exempt rate）之积。[②] 其中，价值是指“公允市场价值”。[③] 前述“旧亏损公司”等同于59号文所述的被合并企业，新亏损公司等同于59号文所述的合并企业。从前述规定可以看出，新亏损公司在所有权变化后纳税年度每年可以结转利用的旧亏损公司净营业亏损的金额不得超过所有权变化时旧亏损公司的公允市场价值与联邦免税利率的乘积。这即是所谓的“第382条限额”。

“营业企业继续”理论[④]是企业所有权变化之前的净营业亏损结转利用的主要理论依据。该理论认为，只有在净营业亏损用于抵减产生这些亏损的营业/资产所产生的利润时，新的亏损公司才能在所有权变化后年度利用变化前的净营业亏损结转额度。从第382条限额的计算公式可以看出，其使用的是变化时旧亏损公司的价值（即当时的股票的公允市场价值）。同时，将长期免税利率作为亏损公司的资产的拟制的资产收益率。当然，该营业企业继续要求与通常所述的企业重组的营业企业继续要求有所不同。主要体现在：（1）第382条限额使用的是拟制资产收益率，而不是所有权变化后亏损公司资产的实际收益率；（2）仅仅要求在所有权变化后2年期间内继续旧亏损企业的一个重大营业或在一个营业中使用资产的重大部分。

类似地，4号公告采用了同样的立法技术。即：（1）可弥补亏损限额属于合并企业每年都可以弥补亏损的限额，并且如果当年可弥补亏损额大于当期应纳税所得额的话，超过部分可结转以后年度使用，但不得超过5年；（2）使用“截至合并业务发生当年年末国家发行的最长期限的国债利率”作为被合并企业资产以后的拟制资产收益率。采用该利率旨在更符合税收中性要求，其理论依据是合并企业利用被合并企业净营业亏损结转的能力不应超过将资产投资于长期国债的无风险资产收益率。这样规定的目的在于试图区分以获得净营业亏损为动机的避税型重组与获得目标公司资产或营业为动机的营业型重组。

对上述规定需要注意的是，如果合并之前被合并企业净资产公允价值为负，

---

① 26 USC § 382（a）.

② 26 USC § 382（b）（1）.

③ 26 USC § 382（k）（5）.

④ 笔者注：相当于59号文的经营连续性规则。

是否意味着可弥补亏损限额为零？尽管4号公告没有明确规定，但是按照法理，由于被合并企业净资产公允价值为负，[①] 意味着该资产在预期的将来不能产生资产收益，而不管该等资产在未来公允价值是否恢复为正数，或在未来是否实际产生收益，即使该等资产在未来实际产生收益，也不得使用合并前的亏损弥补该实际收益。因此，前述问题的答案显然是可弥补亏损限额为零。

同时，59号文规定的上述国债利率只规定了“截至”时间，但并没有规定开始起算的时间——即，从什么时间开始的国家发行的最长期限的国债利率。建议从2008年1月1日59号文开始生效实施之日起算为好。

八、在母子公司吸收合并中，子公司可弥补亏损的结转利用

我们在前文讨论了母子公司吸收合并是否适用特殊性税务处理的问题，在本部分，我们将继续讨论如果母子公司吸收合并适用特殊性税务处理时，子公司原净运营亏损如何在母公司结转利用的问题。实践中，对此存在两种观点：

观点一：对于母公司吸收合并其100%控股的子公司，子公司在税法规定剩余年限内尚未弥补完的亏损，可由母公司承继，不适用59号文第六条第（四）项规定的可由合并企业弥补的被合并企业亏损的限额计算公式；

观点二：对于母公司吸收合并其100%控股的子公司，子公司在税法规定剩余年限内尚未弥补完的亏损，可由母公司承继，但依然受59号文第六条第（四）项规定调整。

笔者赞同观点二。理由在于：对于观点一，首先，从净营业亏损弥补的法理上不好解释；其次，实务中可能导致避税筹划，可以很轻易地规避，从而使得59号文第六条第（四）项的规定“流于形式”。下面进行详细解释：

1. 中国税法有关限额的规定是借鉴了美国税法第382条限额的规定，而美国税法规定的内容主要如下：

（1）在美国联邦公司并购重组税制立法上，营业企业继续理论是企业所有权变化之前的净营业亏损结转利用的主要理论依据。该理论认为，只有在净营业亏损用于抵减产生这些亏损的营业/资产所产生的利润时，新亏损公司才能在所有权变化后年度利用变化前的净营业亏损结转额度。从第382条限额的计算公式可以看出，其使用的是变化时旧亏损公司的价值（即当时的股票的公允市场价值）。同时，将长期免税利率作为亏损公司的资产的拟制的资产收益率。

---

① 但59号文在有关税收优惠政策的承继中却明确了“亏损计为零”，参见第九条第一款。

（2）采用该利率旨在更符合税收中性要求，其理论依据是合并企业利用被合并企业净营业亏损结转的能力不应超过将资产投资于长期国债的无风险资产收益率。

（3）这样规定的目的在于试图区分以获得净营业亏损为动机的避税型重组与获得目标公司资产或营业为动机的营业型重组。

所以，尽管属于100%的母子公司之间的吸收合并，也不应当忽视合并之前的独立法人人格，不能违背“只有在净营业亏损用于抵减产生这些亏损的营业/资产所产生的利润时，新亏损公司才能在所有权变化后年度利用变化前的净营业亏损结转额度”的基本原理——即，不能交叉利用亏损。

2. 在实践中，很容易进行避税筹划。即，合并企业与被合并企业之间先做一个免税的股权收购重组（合并企业增发股份作为对价收购被合并企业的全部股权）；然后，再做一个100%控股的母子公司吸收合并，就可以规避59号文第六条第（四）项的规定，而不这样操作的话，直接进行合并交易将受该限额限制。

九、企业合并中，被合并企业存在自然人股东时的税务处理

如本书“专题10：企业重组税制的基础理论与实践”中48号公告有关重组当事方的新规定所述，“上述重组交易中，股权收购中转让方、合并中被合并企业股东和分立中被分立企业股东，可以是自然人”和“当事各方中的自然人应按个人所得税的相关规定进行税务处理”。如果在合并重组中，被合并股东中存在自然人股东时如何进行税务处理呢？笔者以如下例子来进行说明：

【例15－7】企业合并中，被合并企业股东中存在自然人股东时，如何进行税务处理？

假定，在某吸收合并交易中，合并方P公司计划吸收合并目标公司T公司（P公司和T公司不受同一控制）。在合并基准日，T公司资产、负债的情况如下表：

资产	账面价值	计税基础	公允价值	收购对价分摊
A货币资产	100	100	100	100
B应收款项	200	200	200	200
C存货	100	50	300	300
D设备	1,000	800	1,200	1,200
E厂房	500	350	600	600
F专利	200	100	200	200

续　表

资产小计	2,100	1,600	2,600	2,600
负债	（600）	（600）	（600）	（600）
净资产	1,500	1,000	2,000	2,000

即，T公司资产公允价值为2,600万元（计税基础为1,600万元），负债公允价值为600万元（计税基础为600万元），净资产公允价值为2,000万元。A公司和自然人B分别持有T公司80%和20%的股权（各自的计税基础为400万元和100万元）。P公司增发价值1,500万元的股份和100万元的现金作为对价支付给A公司，以增发的价值300万元的股份和100万元的现金作为对价支付给B个人。假定59号文规定的特殊性税务处理的其他要求都满足。

问题：此交易如何进行税务处理？

【解析】

1. 首先需要判断该吸收合并交易是否满足特殊性税务处理的要求。在本吸收合并交易中，以被合并企业T公司的净资产公允价值为基准来确认交易支付总额为2,000万元，其中股权支付金额为1,800万元，非股权支付金额为200万元。因此，股权支付比例＝1,800/2,000＝90%＞85%，并且其他条件都满足，因此该交易符合特殊性税务处理的要求。

需要说明的是，在判断吸收合并交易是否符合59号文特殊性税务处理要求时，被合并企业股东中自然人股东的存在并不构成整个交易不符合特殊性税务处理要求的障碍（遵循整体交易原则）。在判断股权支付比例标准（85%标准）时，被合并方自然人股东接收的股权支付数额亦应计算在内。其原理在于，尽管自然人股东接收的股权支付数额应属应税收入并计缴个人所得税，但这并不影响其在重组后标的资产和营业上的股东权益连续。

2. 根据59号文第六条第（六）项的规定，非股权支付对应的资产转让所得＝（被转让资产的公允价值－被转让资产的计税基础）×（非股权支付金额÷被转让资产的公允价值）＝（2000－1000）×（200÷2000）＝100（万元）。

需要注意的是，由于在企业合并重组中，非股权支付对应的资产转让所得是由被合并企业计算缴纳，仅涉及企业所得税。因此，公式中的非股权支付金额只能按照200万元现金计算，而不用考虑自然人B最终收取的200万元P股权。但是，如我们将在“专题16：企业股权收购的税务疑难问题”中所介绍的那样，如果是在股权转让重组交易中，直接采用59号文第六条第（六）项的规定来计算整个交易的非股权支付对应的股权转让所得可能是错误的。

3. 确定合并企业取得的标的资产的计税基础。对于P公司取得的T公司标的资产的计税基础的确定涉及一个非常重要的税务问题——即，非股权支付对应的资产转让所得如何在标的资产之间进行分摊？笔者曾经在“专题13：企业重组企业所得税计税基础确定规则与实践”中介绍了“非股权支付比例分摊法”对此的处理。按照该法计算如下表：

资产	公允价值①	原计税基础②	实现的所得或损失③（①－②）	确认并分摊的所得或损失④（③×比率）	计税基础（②/③＋④）
A	100	100	0	0	100＋0＝100
B	200	200	0	0	200＋0＝200
C	300	50	250	250×200/2,000＝25	50＋25＝75
D	1,200	800	400	400×200/2,000＝40	800＋40＝840
E	600	350	250	250×200/2,000＝25	350＋25＝375
F	200	100	100	100×200/2,000＝10	100＋10＝110
小计	2,600	1,600	1,000	100	1,700
负债	（600）	（600）	0	0	（600）
合计	2,000	1,000	1,000	100	1,100

从上表计算可以看出，P公司取得的标的资产的总计税基础为1,700万元，负债的计税基础为600万元，净资产总计税基础为1,100万元。

4. 最后，确定被合并企业股东确认的所得以及取得的合并企业股权的计税基础。笔者认为，应将被合并企业T公司解散注销收回其股权的交易分割为两个子交易的思路来进行处理。

（1）对于自然人股东B，根据《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告2014年第67号，下称“67号公告”）第三条的规定：“本办法所称股权转让是指个人将股权转让给其他个人或法人的行为，包括以下情形：……（二）公司回购股权……”因此，视为其以持有的T股权（公允价值400万元）交换了公允价值200万元的P股权和200万元的现金。对于交换的P股权而言，视为B以持有的10%的T股权（计税基础为50万元）交换了公允价值200万元的P股权，实现股权转让所得＝200－50＝150（万元）；对于交换的200万现金，视为B转让持有的10%的T股权（计税基础为50万元），取得股权转让所得＝200－50＝150（万元）。因此，B合计实现股权转让所得300万元。因此，自然人B取得的P股权的计税基础为300万元。

（2）对于法人股东A，根据59号文的规定，其取得的P股权的计税基础需要分为两个部分来进行确定：

第一部分：在股权回购中，A以其持有的5%的T股权（80%×100/1600）交换了100万元的现金，实现股权转让所得=100-25（400×100/1600）=75（万元）；

第二部分：在股权回购中，A以其持有的75%的T股权（80%×1500/1600，计税基础375万元）交换了公允价值1500万元的P股权，但该交易依据特殊性税务处理的规定，A并不需要确认任何所得，其取得的P股权的计税基础为375万元（400+75-100或400-25）。

我们可以发现，如果A在重组后立即出售其持有的P股权的话，则确认所得=1,500-375=1,125（万元），与已经确认的所得75万元合计为1,200万元，与其直接出售持有的T股权确认的所得1,200万元正好相等（2,000×80%-400）。

通过上述例子我们可以得出，计算被合并企业股东确认所得以及取得合并企业股权的计税基础时，遵循个别交易原则。

在计算确定被合并企业股东确认所得以及取得合并企业股权的计税基础时，应区分法人股东和自然人股东分别进行确定（遵循个别交易原则）：

（1）对自然人股东转让其持有的被合并企业股权的交易按照个人所得税法的规定计算实现的所得，适用《个人所得税法》以及67号公告等规定。需要说明的是，在计算自然人股东转让资产所得时，其接受的合并企业股权对价部分亦应计算实现的所得，并无“递延纳税待遇”；

（2）对法人股东转让其持有的被合并企业股权的交易按照59号文的规定处理。如果法人股东既收到股权支付对价，又收到非股权支付对价的，应分别予以计算确定所得及取得的合并企业股权的计税基础。

十、企业合并重组中商誉的税务处理问题

在企业吸收合并重组中还存在一种特殊的情形。即，如果合并方支付的合并对价大于被合并企业净资产的公允价值时，合并方将存在确认商誉的问题。那么，商誉在吸收合并重组中如何进行税务处理呢？遗憾的是，59号文并没有对此进行明确。笔者认为，要解决这个问题需要解决如下几个问题：

问题一：控股合并商誉和吸收合并商誉在税务上是否确认？

问题二：合并商誉的计税基础如何确定？

问题三：合并商誉是否可以摊销并税前扣除？

问题四：合并商誉的减值损失是否可以税前扣除？

问题五：合并重组一般性税务处理中，被合并企业按照60号文清算时，企业层面清算计算资产可变现价值时是否应包含商誉部分？

（一）控股合并商誉和吸收合并商誉在税务上是否确认？

《企业合并会计准则》（2006）（下称“《合并准则》”）将企业合并分为吸收合并、新设合并和控股合并，而59号文的企业合并仅仅指前两者，不包括控股合并，而控股合并在59号文中系指股权收购重组。从《合并准则》以及《企业合并报表准则》（2014）（下称“《合并报表准则》”）的规定来看，控股合并中合并方确认的商誉属于合并报表层面的商誉，而企业所得税法上的商誉应属于具有独立法人资格的“企业”的商誉。因此，企业所得税法上并不确认控股合并的商誉。对于吸收合并而言，存续企业应在个别报表层面确认商誉，所以税法上应确认该商誉；对于新设合并而言，视为被合并企业的股东以被合并企业的净资产新设投资，税法上也不确认商誉。

（二）合并商誉的计税基础如何确定？

由于商誉无法辨认，不可确定，不可单独取得、转让和销售，无法准确分配到企业各单项资产，其价值只有在企业整体转让时才能得以体现，会计准则将商誉作为独立于无形资产之外的单独一类资产进行确认、计量和报告。而企业所得税法则将其作为无形资产加以规定。商誉根据其来源不同，可分为自创商誉和外购商誉。企业不得确认自创商誉，商誉仅仅产生于企业合并商誉（外购商誉）。[①]

根据59号文第四条第（四）项第1目的规定，“合并企业应按公允价值确定接受被合并企业各项资产和负债的计税基础”，那么这里的“被合并企业各项资产”是否包含“合并商誉”呢？遗憾的是，59号文并没有明确这个问题。笔者认为，根据《企业所得税法》和《企业所得税法实施条例》的相关规定，合并企业应确认外购商誉的支出，即按照实际支付成本（合并对价减去被合并企业净资产公允价值）确认商誉的计税基础。

（三）合并商誉是否可以摊销并税前扣除？

在会计处理上，合并方以合并对价与被合并企业可辨认净资产公允价值之间的差额确认吸收合并商誉。那么确认的商誉是否可以摊销并税前扣除呢？根

---

① 笔者注：《企业所得税法》第十二条第二款规定，下列无形资产不得计算摊销费用扣除：……（二）自创商誉……《企业所得税法实施条例》第六十七条第四款规定，外购商誉的支出，在企业整体转让或者清算时，准予扣除。

据《企业所得税法》第十二条第二款第（二）项的规定："下列无形资产不得计算摊销费用扣除：（二）自创商誉。"《企业所得税法实施条例》第六十五条规定："企业所得税法第十二条所称无形资产，是指企业为生产产品、提供劳务、出租或者经营管理而持有的、没有实物形态的非货币性长期资产，包括专利权、商标权、著作权、土地使用权、非专利技术、商誉等。"《企业所得税法实施条例》第六十七条第四款规定："外购商誉的支出，在企业整体转让或者清算时，准予扣除。"因此，合并企业确认的合并商誉属于外购商誉，但不得计算摊销费用扣除，仅在企业整体转让或者清算时，准予扣除。

（四）合并商誉的减值损失是否可以税前扣除？

《企业所得税法实施条例》第五十六条第三款规定："企业持有各项资产期间资产增值或者减值，除国务院财政、税务主管部门规定可以确认损益外，不得调整该资产的计税基础。"《企业所得税法实施条例》第六十七条第四款规定："外购商誉的支出，在企业整体转让或者清算时，准予扣除。"

因此，合并商誉可以在会计上依据《资产减值准则》（2006）的规定进行减值测试，减值计入资产减值损失，但应做纳税调增。

（五）合并重组一般性税务处理中，被合并企业按照60号文清算时，企业层面清算计算资产可变现价值时是否应包含商誉部分？

根据59号文和60号文的规定，如果合并重组交易适用一般性税务处理的，被合并企业应当按照60号文的规定视同清算处理。那么，在合并企业支付合并对价中包含商誉（即合并对价超过被合并企业可辨认净资产公允价值）时，如何确定被合并企业清算资产可变现价值？

笔者认为，此时，应该按照合并企业支付的合并对价总额（包含商誉部分对价）确认被合并企业清算资产可变现价值，因为这是明确确定的交易价格。对于被合并企业可辨认净资产的清算所得应该直接根据划分的合并对价减去对应资产的计税基础确定，而对于不可辨认资产形成的合并对价（商誉）部分，则应视不可辨认资产的计税基础为零，即是说其所得等于商誉价值。

【例15－8】企业吸收合并一般性税务处理中，存在商誉时，如何进行税务处理？

假定，2014年6月30日，P公司以自身增发的价值1,500万元的股份和500万元现金作为对价对T公司进行吸收合并，并于当日取得T公司的全部资产和负债（净资产）。假定T在2014年6月30日，资产账面价值2,500万元（公允价值3,000万元），负债账面价值1,500万元（公允价值1,500万元）。T所有

者权益构成如下：实收资本500万元、资本公积（资本溢价）100万元、盈余公积200万元、未分配利润200万元［详见下表（单位：万元）］。

科目	账面价值	计税基础	公允价值
资产合计	2,500	2,800	3,000
负债合计	1,500	1,500	1,500
净资产	1,000	1,300	1,500

问题：该吸收合并交易如何进行所得税税务处理？

【解析】1. 根据59号文的规定，P支付的股权支付比例＝1500/2000＝75%＜85%，也不属于“同一控制下的不需要支付对价的合并”，因此该交易不满足特殊性税务处理的条件，应当适用一般性税务处理；

2. 根据59号文第四条第（四）项的规定，T应在交易中确认所得＝（1500＋500）－（2800－1500）＝700（万元），其中包含对不可辨认净资产的对价（商誉）500万元。P应按公允价值总额确定取得的T各项资产和负债的计税基础。即，可辨认资产的总计税基础为公允价值3000万元，负债的总计税基础为公允价值1500万元，商誉的计税基础为公允价值500万元；

3. 根据59号文第四条第（四）项第2目的规定：“被合并企业及其股东都应按清算进行所得税处理。”依据60号文的有关规定，T清算存在两个层面的清算，即T公司层面的清算和T股东层面的清算。

（1）T公司的清算所得或损失：

T的全部资产按照可变现价值或交易价格，确认资产转让所得或损失。在本例中，资产的交易价格为3000万元；在本案例中，不存在负债的清偿所得或损失。假定不存在清算费用及相关税费，则：

T公司的清算所得＝（3000－2800－0）＋（1500－1500）＝200（万元）

T公司的清算所得税＝200×25%＝50（万元）

（2）T公司股东的清算所得或损失：

假定不考虑清算费用、职工有关费用以及以前年度欠税等因素，则：

可向股东分配的剩余财产＝3000－1500－50＝1450（万元）

HT公司股权转让所得＝1450－［200＋200＋（200－50）[①]］－（500＋100）[②]＝300（万元）

注：①笔者认为，此处的股息免税所得不但要考虑T公司原留存收益400万元，还要考虑清算所得产生的留存收益150万元。

②股东 HT 股权的计税基础应当按照最初投入时的实收资本和资本公积之和确定。

HT 公司缴纳所得税 = 300 × 25% = 75（万元）

HT 公司取得的 P 股权的计税基础为 1500 万元，同时还分得 325 万元的现金，但还需要缴纳所得税 75 万元。

十一、上市公司换股吸收合并中，“异议股东的收购请求权”和“现金选择权”对税务处理的影响

在上市公司合并重组实践中，我们经常会在换股吸收合并中看到“异议股东的收购请求权”和“现金选择权”的问题，那么什么是“异议股东的收购请求权”和“现金选择权”以及对所得税税务处理具有什么影响呢？这正是本部分要讨论的问题。

（一）异议股东的收购请求权和现金选择权的概念

根据 2014 年《公司法》第一百四十二条的规定，股份有限公司合并的，股东因对股东大会作出的公司合并决议持异议，要求公司收购其股份的，公司可以收购本公司股份，并且公司回购股份之后，应当在六个月内转让或者注销。该规定实质就是对股份有限公司的异议股东股份回购请求权（the appraisal right of dissenters，又称股份收购请求权）的规定。简单地讲，所谓异议股东股份回购请求权，指的是在特定的情形下，对公司股东大会会议决议持反对意见的股东所享有的一种“要求公司以合理公平的价格收购自己股份”的权利。

目前我国法律法规尚未对现金选择权作出规定，仅有的规范性文件是深交所于 2008 年发布的《深圳证券交易所上市公司现金选择权业务指引》，该指引于 2011 年 9 月 6 日修订后重新发布为《上市公司现金选择权业务指引（2011 年修订)》以及上交所 2011 年 2 月 22 日发布的《上市公司重大资产重组信息披露工作备忘录第十一号 上市公司现金选择权业务指引（试行)》，该指引于 2012 年 8 月 3 日修订后重新发布为《上市公司重大资产重组信息披露工作备忘录第六号 上市公司现金选择权业务指引（试行）（2012 年 8 月修订)》。根据前述规定，现金选择权实质是，当上市公司拟实施资产重组、合并、分立等重大事项时，相关股东按照事先约定的价格在规定期限内将其所持有的上市公司股份出售给第三方或者上市公司的权利，因此，现金选择权在功能上是为在重大资产重组、吸收合并、分立等事项中持异议的股东提供一个出售股份取得现金，退出公司的机会。

（二）异议股东的回购请求权和现金选择权对换股吸收合并所得税税务处理的影响

在上市公司换股吸收合并中，上市公司一般采取控股股东或者提供异议股份回购的独立第三方[①]按照确定的价格回购异议股东股份或者为目标公司异议股东提供现金选择权的方式来进行处理。此时，我们可以发现，对于合并企业或是被合并企业而言，这样的回购行为实质仅仅是存量股份的转让行为，并不导致上市公司或者目标公司增发股份或股权。并且，该独立第三方还将在合并中换取上市公司增发的股份。因此，这样的异议股东的回购请求权和现金选择权并不构成非股权支付，不会对合并整体适用特殊性税务处理造成实质影响。当然如果提供回购的是上市公司本身或者是其关联方，则需要根据59号文第十条的规定“企业在重组发生前后连续12个月内分步对其资产、股权进行交易，应根据实质重于形式原则将上述交易作为一项企业重组交易进行处理”进行审查。笔者将有关适用的规则总结如下：

1. 首先判断异议股东股份的回购是否在换股吸收合并交易之前12个月内完成（实践中一般属于此类情形），如果是，则需要适用“实质重于形式”原则进行审查，是否需要视为一项整体重组交易来处理；

2. 如果经第1点审查，需要视为一项整体重组交易来处理。则，即使提供异议股东的回购请求权和现金选择权属于换股吸收合并重组的事先安排，但只要其提供者独立于合并方及其实际控制人或关联人，其收购股份的资产并非合并方及其实际控制人或关联人所提供，且提供方最终换取了合并方的股份，则不将回购股份支付的现金对价视为非股权支付；

3. 异议股东是否享有行使回购请求权和现金选择权的自由权而并非强制转让是判断股份回购交易是否构成独立股份转让交易的关键；

4. 如果上述第2点和第3点都满足，则股份的回购实质是存量股份的转让，并不减少其股份总额，并且提供方后续参与了换股交易并取得合并企业发行的股份，则将提供方视为重组的当事方，之前的股权转让交易属于一个独立的交易。

如果上述要点都满足，则股份回购的交易行为实质属于独立的交易，且支付的现金不构成重组的非股权支付对价，对重组适用特殊性税务处理没有影响。反之，则有可能视为一项整体交易而将回购支付现金部分视为非股权支付对价，从而影响特殊性税务处理的适用。

---

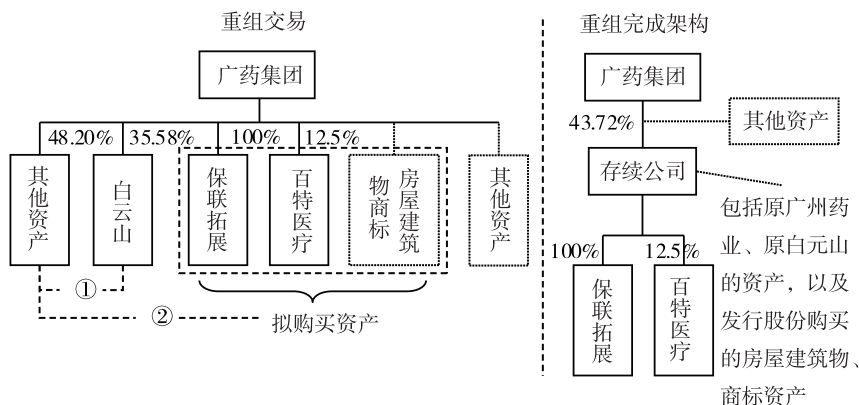
① 笔者注：比如，在“广州药业”（600332）换股吸收合并“白云山”（000522）重组案中，提供异议股东收购请求权或现金选择权的第三方独立于广药集团的一方或多方，不构成广药集团的关联方或一致行动人。

【例15－9】"广州药业"（600332）换股吸收合并"白云山"（000522）重组——广州药业异议股东股份收购请求权和白云山异议股东的现金选择权

1. 整体重组交易方案概述

广州药业股份有限公司（下称"广州药业"或"合并方"）系在上交所上市的股份有限公司，广州白云山制药股份有限公司（下称"白云山"，"被合并方"）系在深交所上市的股份有限公司，广州医药集团有限公司（以下简称"广药集团"）系广州药业和白云山的共同实际控制人。广州药业、白云山以及广药集团欲进行重大资产重组交易，包括：（1）广州药业以新增A股股份换股方式吸收合并白云山，交易完成后，白云山将注销法人资格，其全部资产、负债、权益、业务和人员将并入广州药业；（2）广州药业向广药集团发行A股股份作为支付对价，收购广药集团拥有或有权处置的房屋建筑物、商标、保联拓展100%股权、百特医疗12.50%股权。本部分，我们将关注第（1）项换股吸收合并重组交易。

广药集团整体资产重组并发行A股并在上交所上市流通的重组交易包括两个独立的子交易（参见下图）[①]：



注：①广州药业增发A股股份换股吸收合并白云山；

②广州药业增发A股股份购买广药集团剩余医药主业相关资产。

上述两项交易共同构成本次重大资产重组不可分割的组成部分，其中任何事项未获所需的批准（包括但不限于相关交易方内部有权审批机构的批准和相关政府部门的批准或核准），则本次重大资产重组自始不生效。

① 参见《白云山A：广州药业股份有限公司换股吸收合并公司、发行股份购买资产暨关联交易报告书（更新后）》（2012年12月）第28页。

2. 广州药业和白云山的股份价格和换股比例

广州药业拟采用增发A股股份换股吸收合并的方式合并白云山，广州药业已与白云山签署《换股吸收合并协议书》。换股价格以广州药业和白云山首次审议本次重大资产重组事项的董事会决议公告前20个交易日的A股股票交易价格为基础经除权、除息调整后确定，分别为12.10元/股和11.50元/股，由此确定白云山与广州药业的换股比例为1∶0.95，即每1股白云山股份可换取0.95股广州药业的A股股份。白云山总股本为46,905.37万股，因换股吸收合并，广州药业将新增44,560.10万股A股股份。

3. 广州药业异议股东收购请求权和白云山异议股东的现金选择权

本次换股吸收合并完成后，白云山将注销独立法人资格。此外，为充分保护合并方广州药业异议股东的利益以及被合并方白云山全体股东的利益，广州药业和白云山一致确认广州药业异议股东享有异议股东收购请求权、白云山除广药集团及其关联企业以外的全体股东享有现金选择权。

行使异议股东收购请求权的广州药业异议股东，可就其有效申报的每一股广州药业股份，在收购请求权实施日，获得由异议股东收购请求权提供方立白集团（独立于广药集团的一方或多方，不构成广药集团的关联方或一致行动人）支付的按照定价基准日前20个交易日股票交易均价确定并公告的现金对价，即A股12.20元，H股港币5.54元。行使现金选择权的白云山股东，可就其有效申报的每一股白云山的股份，在现金选择权实施日，获得由现金选择权提供方立白集团支付的按照白云山定价基准日前20个交易日股票交易均价为基础经除权、除息调整后确定并公告的现金对价，即每股11.50元。

根据广州药业披露公告,[①] 截至收购请求权申报期间到期日，没有任何A股和H股异议股东申报行使收购请求权。根据白云山披露公告,[②] 截至现金选择权申报期间到期日，共有84,779份现金选择权通过手工方式进行了有效行权申报，至2013年4月10日已完成相关股份过户和资金交收事宜。

【解析】白云山异议股东行使现金选择权为84,779股，于2013年转让给立白集团，并于2013年4月10日完成相关股份过户和资金交收事宜。2013年5

① 《广州药业关于换股吸收合并广州白云山制药股份有限公司A股异议股东收购请求权申报结果公告》（2013年3月18日）、《广州药业股份有限公司公告登记及行使H股之收购请求权》（2013年3月18日）。

② 《广州白云山制药股份有限公司关于广州药业股份有限公司换股吸收合并本公司现金选择权实施结果公告》（2013年4月10日）。

月 16 日，广州药业办理了本次换股吸收合并涉及的新增 A 股股份的登记手续。根据原 4 号公告第七条第（四）项的规定："企业合并，以合并企业取得被合并企业资产所有权并完成工商登记变更日期为重组日。"至此，整个换股吸收合并交易完成。因此，前述股权转让行为属于在合并重组前 12 个月内发生的股权交易行为，并且属于吸收合并重组计划的预先安排。[①] 根据 59 号文第十条的规定："企业在重组发生前后连续 12 个月内分步对其资产、股权进行交易，应根据实质重于形式原则将上述交易作为一项企业重组交易进行处理。"应当审查该股权转让重组与后续的换股吸收合并重组是否作为一项企业重组交易进行处理。笔者以为这属于两个独立的交易行为，分析如下：

1. 尽管异议股东将持有的白云山股份转让给立白集团属于重组计划的事先安排，但是，立白集团属于独立的第三方，并且收购股权的资金也并非由广州药业及其关联方所提供；

2. 异议股东享有是否行使现金选择权的自由权，并非强制转让，这属于立白集团与该等股东之间要约与承诺的过程；

3. 仅仅属于白云山现有股份的转让，并不减少其股份总额。继任股东立白集团依然参加了后续的换股交易并取得了广州药业的 A 股股份。

即使将收购异议股东股权支付的现金视为吸收合并交易的一部分，实际行权部分现金支付仅仅占交易支付总额的 0.02%（80,540/445,601,005），远远小于 15% 的比例。如果白云山有权行使现金选择权的所有股东都行权的话，则最大行权股份为 30215.37 万股（64.42%），最大行权金额为 347,476.74 万元。这个时候尤其需要审查立白集团的独立性以及资金的来源，如果承受股权并支付现金的是广州药业的关联公司，或者并非关联公司但资金来源于广州药业或其关联公司的话，则很可能被认定为广州药业的非股权支付额。

因此，白云山异议股东与立白集团之间的股权转让交易属于一个独立的交易，不构成对股东权益连续性的影响。

十二、三角吸收合并（"正向三角吸收合并"和"反向三角吸收合并"）的所得税处理

有关三角吸收合并的所得税处理，请读者参阅本书"专题 14：三角并购重组所得税的疑难问题"，不再赘述。

---

① 参见《白云山 A：广州药业股份有限公司换股吸收合并公司、发行股份购买资产暨关联交易报告书（草案）摘要》（2012 年 6 月）。

专题 16：股权收购的税务疑难问题

内容概览

尽管59号文对企业股权收购重组的所得税处理进行了明确的规定，但在实践中，依然存在一些适用疑难和争议。在本专题中，笔者将集中介绍最主要的9个方面的问题。本专题包含如下内容：

■ “不低于被收购企业全部股权的50%”的理解和适用

■ 股权收购中，标的股权和增发股权计税基础确定规则是否存在重复征税的理解和适用

■ 股权转让中，“留存收益”是否可以扣除以及是否存在重复征税的理解和适用

■ “股份期权”在股权收购中的适用

■ 股权收购中，关联公司集团及“股权推定所有权规则”的适用

■ 股权转让合同约定目标公司债权债务由原股东承担的税务处理

■ 个人股东股权转让的税务问题

■ 企业股权收购中，目标公司存在自然人股东时的税务处理

■ 股权（票）转让的增值税（营改增问题）

一、“不低于被收购企业全部股权的50%”的理解和适用

根据59号文和109号文的规定，股权收购重组要适用特殊性税务处理，收购的标的股权“不低于被收购企业全部股权的50%”。如何理解和适用呢？

按照59号文有关“股权收购”的定义，其根本目的在于“实现对被收购企业控制”。对于可以享受特殊税务处理待遇的股权收购重组交易而言，该“控制”为50%的比例标准。为什么要这样规定呢？这正是经营连续性规则的要求，59号文的立法者根据我国的国情，认为只有达到50%的比例，才属于对被收购企业的“重大”控制，才能有效地保证收购企业对被收购企业的控制和保证经营的持续。

实务中存在一种情形，即当被收购企业的股东众多且股权分散时，收购企业将对多个被收购企业股东同时收购的情形。有人认为，由于每个被收购企业股东的持股比例都小于 50%（但合计大于 50%），因此，该交易不满足特殊性税务处理的要求。另一种观点认为，59 号文和 109 号文规定的是“不低于被收购企业全部股权的 50%”，而不是被收购企业股东（被收购方）股权的 50%，因此该交易满足特殊性税务处理的要求。笔者赞同后一种观点，理由在于，这项要求的立法目的在于保证交易完成后，收购企业能够实施对被收购企业的重大控制，而并非强调被收购企业的每个股东转让的股权都构成被收购企业股权的重大部分。

二、股权收购中，标的股权和增发股权计税基础确定规则是否存在重复征税的理解和适用

请读者参阅“专题 13：企业重组所得税制的计税基础规则与实践”的有关内容，不再赘述。

三、股权转让中，“留存收益”是否可以扣除以及是否存在重复征税的理解和适用

在计算确认被收购企业股东转让其持有的被收购企业股权的所得或损失时，需要确定该股权的计税基础。尽管 59 号文及 4 号公告适用于企业股权收购的税务处理，但它们并没有明确股权转让中股权计税基础的确定问题，这个问题在 2010 年 2 月发布的《关于贯彻落实企业所得税法若干税收问题的通知》（国税函［2010］79 号，下称“79 号文”）中得以明确。即“企业转让股权收入，应于转让协议生效、且完成股权变更手续时，确认收入的实现。转让股权收入扣除为取得该股权所发生的成本后，为股权转让所得。企业在计算股权转让所得时，不得扣除被投资企业未分配利润等股东留存收益中按该项股权所可能分配的金额。”

如上所述，在股权转让过程中，均不允许将被投资企业留存收益中按其投资股权所可能分配的金额从股权转让价格中扣除。被投资企业清算是被投资企业不再持续经营，结束自身业务，将剩余财产、应付股息分配给所有投资者，所有投资者所持股权灭失的业务。投资者撤减资，是投资者从被投资企业撤回或减少投资，被投资企业减少注册资本，投资者所持股权全部或部分灭失的业务。不难看出，被投资企业清算和投资者撤减资的共同点是投资者原持有的股权灭失，不同点是，投资者撤资可能是部分股东撤资，如果是全部股东撤资，

实质上与被投资企业清算就没有区别了，投资者减资意味着投资者只是部分放弃持有的股权。与之不同的是，在股权转让中，被转让的股权并不灭失，而是在不同投资方之间流转。股权灭失，则股权上所附属的相应税收权益无法延续，必然在股权灭失时随之灭失。股权不灭失，则股权上附属的相应税收权益将随股权流转而延续或递延，由股权的受让方承继。这就是股权转让与被投资企业清算、投资者撤减资在处理被投资企业留存收益问题上有所区别的根本原因。

79 号文的规定意味着，被投资企业的税后留存收益免税的待遇由股权受让方得以承继，从股权转让方和股权受让方整体来看，并不存在重复征税的问题。至于个体税负的不均衡问题，可以通过被投资企业及时分配利润或者是通过股权转让方与受让方协商提高股权转让价格来减少影响，从而实现税负公平。

四、“股份期权”在股权收购中的适用

在实践中，公司并购重组中，我们往往会看到“股份期权”的应用。譬如，收购方持有对目标公司 25% 股份的购买权，即满足特定条件之后，收购方可以按照约定的价格收购目标公司 25% 的股份。那么，这种情形下，我们如何认识该“股份期权”的性质以及如何在股权收购重组中适用呢？笔者以如下例子来进行说明：

【例 16－1】企业股权收购中，收购方持有从目标公司股东手中收购股权的期权时，如何进行税务处理？

假定，A 公司分别持有 B、C 公司 60% 和 40% 的股权，系两公司的控股股东。C 公司的其他自然人股东合计持有剩余的 60% 的股权，但每个人的股权比例都不大于 5%，且不构成一致行动人。其中，自然人 D 持有 C 公司 5% 的股权。

基于业务整合的需要，A 公司计划将 C 公司整合到 B 公司名下，同时还从 C 公司自然人股东手中收购 60% 的股权。作为一个整体重组计划的安排，主要的事实和内容如下：

1. 在股权转让基准日 2014 年 12 月 31 日，C 公司的资产公允价值 12000 万元（计税基础 7000 万元），负债公允价值 2000 万元（计税基础 2000 万元），净资产公允价值 10000 万元。B 公司和 C 公司股东协商，按照基准日 C 公司的净资产公允价值作价 10000 万元。

2. B 公司手中持有一份股份期权合同。其主要条款内容如下：

（1）生效。股权转让在期权卖方或买方收到的行权通知后生效。

（2）通知期限。卖方向买方发出书面行权通知的期限是2014年6月1日至2015年10月31日期间，收到日期为生效日期。买方向卖方发出书面行权通知的期限是2015年1月1日至2015年12月31日期间，收到日期为生效日期。除非双方在2015年12月31日前另行达成书面协议，任何在上述规定期间外发出的行权通知均为无效。

（3）购买价格。由双方按照确定的基准日目标公司净资产的公允价值协商确定。

3. 在收购中，B公司发行价值4000万元的自身股份给A公司；同时，在2015年3月31日之前，B公司行使期权的话，购买价格按照股权转让基准日C公司的净资产公允价值计算确定。B公司收购的C公司40%的股权在2015年2月30日完成了工商变更登记。

4. 在2015年3月20日，B公司发出股权行权通知给C公司的自然人股东D，支付现金对价500万元给自然人D，剩余的股东接受了B公司支付的价值5500万元的股权对价。该等股权变更登记在2015年4月20日完成。

问题：B公司收购C公司股权的交易是否符合特殊性税务处理的要求？

【解析】1. 本案例的关键在于解决如下两个问题：

（1）第一次股权收购的标的股份低于50%，但行使股份期权之后超过50%，是否满足59号文规定的“不低于被收购企业全部股权的50%”？

（2）股权支付比例是否满足85%比例的要求？

2. 先来解决第一个问题。首先，第一次收购重组完成日为2015年2月30日，在12个月内，于2015年4月20日，B公司完成了第二次收购。根据59号文第十条的规定：“企业在重组发生前后连续12个月内分步对其资产、股权进行交易，应根据实质重于形式原则将上述交易作为一项企业重组交易进行处理。”由于这两次交易属于重组计划事先安排的一部分，且在12个月内分步完成，应作为一个整体重组交易来处理。因此，B公司收购的标的股份比例为100%，符合59号文“不低于被收购企业全部股权的50%”的要求；

3. 在解决第一个问题的基础上，我们再来看第二个问题的解决。在本整体交易中，交易支付总额＝4000＋5500＋500＝10000（万元），股权支付额＝4000＋5500＝9500（万元），股权支付比例＝9500/10000＝95%＞85%。

因此，如果其他条件都满足的话，本重组交易符合特殊性税务处理的要求。

从上述例子我们可以看出，处理股权收购中“股份期权”的关键在于，如果属于分步交易，则应该按照59号文“实质重于形式”原则来审查多步骤交易

是否属于一个整体交易，在此基础上来判断是否满足特殊性税务处理的条件。

五、股权收购中，关联公司集团收购及“股权推定所有权规则”的适用

在实践中，特别是上市公司重大资产重组中，经常会看到关联公司集团作为一个整体“收购方”来进行股权收购的案例，即“多对一”情形。即，多家收购企业同时购买另一家被收购企业股权。按照多家收购企业是否构成“关联收购集团”（意指构成“控制”关系的公司集团），又可细分为非关联收购集团下的“多对一”情形和关联收购集团下的“多对一”情形。前者相对比较简单，实质就是分解为多个独立的股权收购交易来处理，因为重组交易的当事方并不完全相同（收购企业不同），也不构成一致行动人和一个整体交易。但对于后者，如何适用59号文有关所得税处理的规定呢？应该说，这是一个59号文并没有深入考虑的问题。笔者在此对其进行探讨。

笔者认为，如何理解和适用关联公司集团收购必须要从理论上解决如下几个问题：

问题一：三角并购重组税制的构建问题；

问题二：企业以非货币性资产对外投资适用特殊性税务处理的税法规则；

问题三：关联公司集团收购如何满足经营连续性规则中的资产持续要求——“不低于被收购企业全部股权的50%”？

（1）经营连续性规则的内在要求——实现对被收购企业的“控制”；

（2）如何判断是否构成控制——“股权推定所有权规则”？

问题四：关联公司集团收购如何满足股东权益连续规则——“股权支付金额不低于其交易支付总额的85%”的要求？

（一）三角并购重组税制的构建问题

笔者曾经在“专题14：三角并购重组所得税的疑难问题”中对我国税法三角并购重组税制的构建问题进行过讨论。为什么要在此讨论这个问题？因为在关联公司集团收购中，往往会涉及集团母公司和受控子公司同时进行收购的问题，这个时候如何确认重组当事方以及如何进行税务处理实质涉及了三角并购的问题。鉴于有关内容已经做过详细介绍，在此不再赘述。

（二）企业以非货币性资产对外投资适用特殊性税务处理的税法规则

在第（一）部分中，我们讨论了三角并购重组的问题，我们注意到，在该理论中涉及一个重要的税法领域——即企业以非货币性资产（股权资产）对外

投资的所得税税法规则。我们曾经在“专题1：非货币性资产投资的税务问题”详细讨论过财税［2014］116号文和财税［2009］59号文的适用问题。尽管存在116号文，笔者认为满足59号文的条件，可以选择适用59号文而“回避”116号文当期确认所得并分5年平均纳税的政策。笔者以为，从鼓励投资以及以非货币性资产投资越来越普遍的角度出发，如果投资者投资之后立即取得对被投资企业控制（比如，85%控制标准）的话，该等以非货币性资产投资的交易行为应可适用特殊性税务处理，即可以享受递延纳税的待遇，直到被投资企业处置该等资产或者股东处置持有的被投资企业的股权时才发生纳税义务。

（三）关联公司集团收购如何满足经营连续性规则中的资产持续要求——“不低于被收购企业全部股权的50%”？

1. 经营连续性规则的内在要求——实现对被收购企业的“控制”

59号文和109号文有关“收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的50%”要求的税法原理在于，使得收购企业对被收购企业实施“控制”，进而保证被收购企业的资产和营业得以持续（经营连续性规则），从而满足企业重组的实质。但该“控制”并不必然意味着必须是“直接股权控制”，还可以是“间接股权控制”，或者是两者的结合。同时，笔者以为，在税法上，对于通过协议安排或授权代理等方式实现的控制并不在此之列，因为这种方式很难判断其真实性，并且很容易导致避税行为的产生。

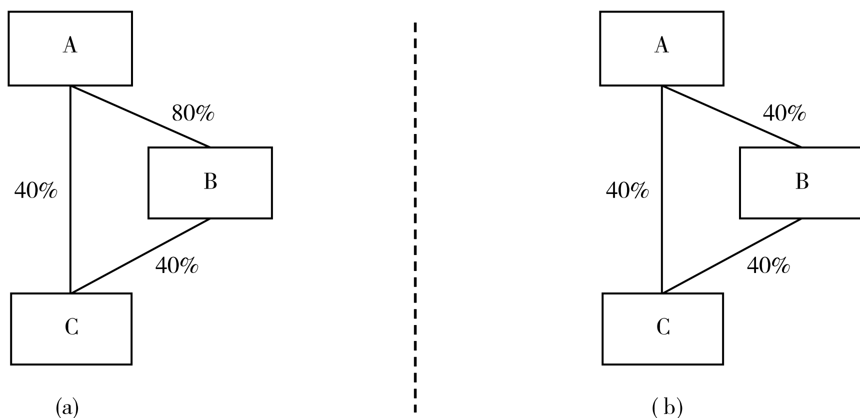
2. 如何判断是否构成控制？

那么，如何判断是否构成“控制”呢？在理论通说和实践中存在两种方法，即“加法原则”和“乘法原则”。下面笔者将对这两种方法以及构建的适用于企业股权收购重组交易的“股权的推定所有权”规则进行介绍。

①“加法原则”

所谓“加法原则”，即收购公司直接持有的被收购公司股权和通过另外的子公司间接持有的被收购公司股权之和即是收购公司持有的被收购公司的股权，也是判断“收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的50%”的依据。需要注意的是，间接持股的一个前提条件是收购公司通过的“中间”公司必须构成收购公司的子公司，即收购公司至少持有该“中间”公司50%以上的股权，否则该“中间”公司持有的被收购公司的股权不得计算在内。

譬如，假定A和B共同收购100%的C股权之后形成的股权架构如下图16－1：



在图（a）架构中，A 直接持有 40% 的 C 股权，同时，A 持有 80% 的 B 股权并对 B 实施控制，所以通过 B 间接控制 40% 的 C 股权，合计持有 80%（>50%）的 C 股权，A 实现对 C 的“控制”；在图（b）架构中，由于 A 公司仅拥有 40% 的 B 股权，低于 50%，A 对 B 没有控制权，因此，A 公司亦不能通过 B 间接控制 40% 的 C 股权，此时 A 实质只直接拥有 40%（<50%）的 C 股权，A 未实现对 C 的“控制”。

“加法原则”的基本原理在于：在子公司中，母公司不但拥有自己过半数的股份控制权，而且通过自己控制的股权的主导影响，客观事实上控制和支配了子公司的少数股份的表决权。因此，加法原则考虑的是母公司的实际控制权而非乘法原则所单纯考虑的绝对持股份额。

②“乘法原则”

所谓“乘法原则”，即收购公司直接持有的被收购公司股权加上其持有的其他公司的股权比例与这些公司持有的被收购公司股权比例的乘积即是收购公司持有的被收购公司的股权。需要注意的是，“乘法原则”强调的是通过乘法计算出来的绝对持股份额，而不是实际控制权，它并不必然要求收购公司至少持有该“中间”公司 50% 以上的股权。采用“乘法原则”可能在同样的情形下得出完全不同的结果。譬如，在图（a）架构中，采用“乘法原则”计算出来的 A 持有的 C 股权比例为 72%（40% +80% ×40%），A 实现对 C 的“控制”；在图（b）架构中，采用“乘法原则”计算出来的 A 持有的 C 股权比例为 56%（40% +40% ×40%），A 同样实现对 C 的“控制”，这个结果就与“加法原则”计算出来的结果完全不同。

③“股权的推定所有权”规则

那么，在企业股权并购重组中到底选用那一种方法更合理呢？或者采取另外一种全新的方法？笔者认为，可以采取两种方法结合的“折中方法”——即，原则采用“乘法原则”，并辅之以“加法原则”（姑且称之为“股权的推定所有权”规则）。具体地讲就是，在采用“乘法原则”计算间接持股比例时，必须包含一个前提，就是收购公司对“中间”公司的持股比例至少在50%以上。理由在于：一是，“乘法原则”计算的结果反映的是绝对持股份额，而不包含虚拟控制的少数股东的权益部分；二是，收购公司对“中间”公司至少持股50%以上又考虑了收购公司对被收购公司的实际控制前提下的绝对持股份额，如果不考虑这个因素，收购公司并不能在重大管理决策和财务决定上实现控制。如果采用“股权的推定所有权”规则，那么在图（a）架构中，A持有的C股权比例为72%（40% +80% ×40%），A实现对C的“控制”；在图（b）架构中，A持有的C股权比例为40%，对C没有实施“控制”。

本部分的后续分析将建立在“股权的推定所有权”规则基础之上。

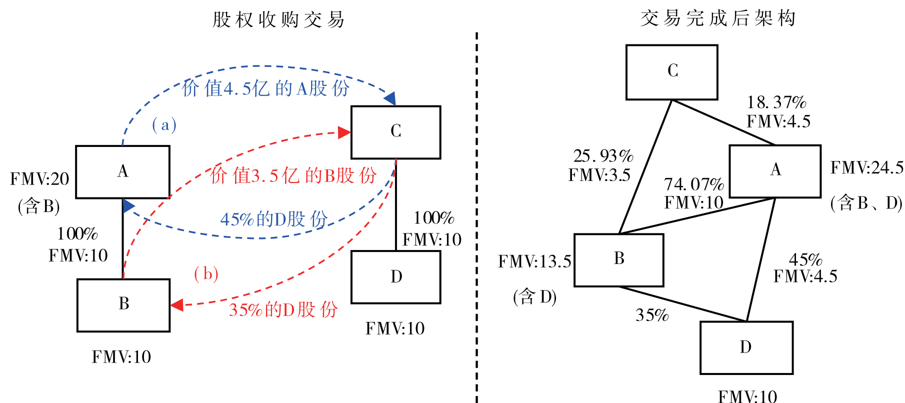
（四）关联公司集团收购如何满足股东权益连续规则——“股权支付金额不低于其交易支付总额的85%”的要求？

收购企业收购目标企业的股权时，只要满足“收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%”，则可以保证被收购企业原股东的权益连续要求（股东权益连续性规则），并不必然要求被收购企业原股东取得对收购企业的控制，并进而控制被收购的目标企业。因为，被收购企业原股东通过收购企业间接在被收购企业的权益价值并没有减少。

如上所述，在关联收购集团下的“多对一”情形下，如何判断是否适用59号文特殊性税务处理呢？让我们先来看一个示例。

【例16－2】关联收购集团下的“多对一”情形——母子公司关联收购集团

假定，A公司持有100%的B公司股权，A公司持有的该股权的公允价值（FMV）为10个亿，A公司本身的FMV为10个亿，因此，A和B构成关联公司集团，该集团的总价值为20个亿。C公司持有100%的D公司股权，C公司持有的D公司股权的FMV为10个亿。现在，A和B公司一致行动共同收购C公司持有的80%的D公司股权。其中，A公司收购45%，B公司收购35%。A和B收购支付的对价为各自增发价值4.5个亿和3.5个亿的股份。有关股权交易的架构图如下：



问题：该股权收购交易是否满足59号文规定的特殊性税务处理条件？

【解析】在实务中，存在两种观点的争议：

观点一：59号文规定的股权收购仅仅限于“一家企业”对“另一家企业”股权的收购，即使A和B属于关联公司集团的成员，但它们并不构成59号文定义中的“一家企业”。因为只能将上述股权收购交易视为两个单独的子股权收购交易对待。即，一是A收购45%的D公司股权，二是B收购35%的D公司股权。因为，任何一个子股权收购交易都不符合59号文和109号文规定的“收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的50%”的要求，所以该交易不符合特殊性税务处理的要求。观点一毫无疑问是目前的主流观点。

观点二：59号文和109号文有关“收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的50%”的要求仅仅是为了保证收购企业（实际上收购企业为整个关联集团，或者是关联集团的控股母公司）对被收购企业实施控制，进而保证被收购企业的资产和营业得以持续，从而满足企业重组本身的实质。并且，59号文有关股权收购的定义中的“一家企业”应当做广义理解，即属于“一个收购集团”的概念，但仅仅是“一个收购集团”还不足够，还需要是“一个关联收购集团”并且足以导致其关联集团的母公司能够实施控制才可。

1. 在上述交易架构图中。首先，在交易完成后，A直接持有45%的D股权，在B增发股份之后，A仍然持有74.07%的B股权，所以B仍然属于A的子公司，所以，A通过B间接持有35%的D股权，合计持有70.92%的D股权，A实施对D的控制，满足59号文有关50%标准的要求。

2. 其次，在交易完成后，C直接持有18.37%的A股权，该股权价值4.5个亿。C还直接持有25.93%的B股权，该股权价值3.5个亿。因此，C通过公司链C—A—D以及C—B—D间接在D中的股东权益得以持续（8个亿）。

综上，假定其他条件也满足的话，该股权交易对于整个关联公司集团（A和B）或者其控股母公司A而言，满足特殊性税务处理的要求。需要注意的是，按照目前59号文对三角并购重组的构建以及借鉴美国联邦税法B型重组的规定，如果在股权收购中，收购子公司同时使用自身股份和控股母公司的股份的话，则重组交易类似于分裂型D型重组中的换股型公司分立（Split off）或者实质为公司分立交易。

在【例16－2】中，笔者赞同观点二，理由不再赘述。在实践中，我们经常会在上市公司股权收购中见到上例中的情形。事实上，这种情形显然是满足经营连续性规则和股东权益连续性规则的公司重组交易，如果仅仅因为59号文对股权收购重组使用了“一家企业”的描述就将交易拆分开来进行处理，将极大地阻碍公司的并购重组交易行为。当然有人可能会说，那为什么不直接以A公司或者B公司一家作为收购方进行收购呢？实际上，在实务中，可能存在收购方原股东丧失控制权或股权被较大地稀释的情形，这是采用多个收购方的一种影响因素。譬如，在【例16－2】中，如果只使用A公司进行收购的话，C公司将在A公司中持股28.57%（8/28），这在一个股权分散的上市公司中已经是很高的比例了。如果只使用B公司进行收购的话，C公司将在B公司中持有44.44%（8/18）。

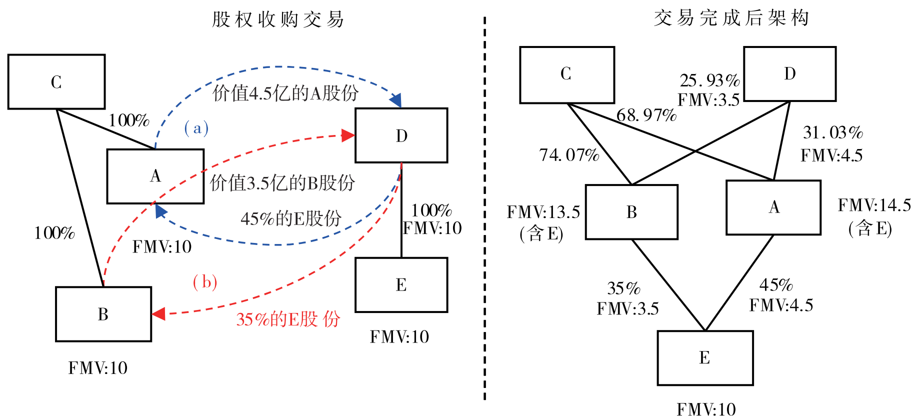
除了【例16－2】中所述的母子公司收购集团下的“多对一”情形之外，在实践中还存在另外一种类型的同一控制收购集团下的“多对一”情形。让我们来看如下的【例16－3】：

【例16－3】关联收购集团下的“多对一”情形——同一控制下的公司关联收购集团

A公司和B公司同属C公司的全资子公司，A、B和C构成关联公司集团。A公司和B公司的FMV都为10个亿。D公司持有100%的E公司的股权，D公司持有的E公司股权的FMV为10个亿。现在，A和B公司一致行动共同收购D公司持有的80%的E公司股权，其中，A公司收购45%，B公司收购35%。A和B收购支付的对价为各自增发价值4.5个亿和3.5个亿的股份。

问题：该股权收购交易是否满足59号文规定的特殊性税务处理条件？

【解析】该股权收购交易及完成后的股权架构图如下：



1. 首先，在交易完成后，A 直接持有 45% 的 E 股权，B 直接持有 35% 的 E 股权。因此，不论对于 A 或是 B 而言，都不满足 59 号文有关 50% 标准的要求。但是，如果真正的收购方属于 C 的话，即 C 通过它的两个收购子公司进行的三角并购的话，在交易完成后，C 将间接合计持有 56.96% 的 E 股权，并实施对 E 的控制。从整个收购集团的角度来看，经营连续性将能够得到保证，因为资产和营业都在 C 的控制之下。但需要注意的是，C 在并购交易中并不是重组的当事方，因为它没有付出任何对价，所以尽管 C 属于最终实际控制人，但该交易并不能视为一个整体的三角并购交易，如果 A 和 B 收购中支付的对价属于 C 增发的股份的话，这才是一个典型的三角并购重组（因为这个时候，C 构成重组当事方之一，即 C 支付了对价并获得 E 的股权之后再将该等股权作为资本投入到其子公司 A 和 B 中）。所以，该交易只能视为 A 和 D、B 和 D 之间的两个独立的股权并购交易，由于各自收购的目标公司 E 股权都不超过 50%，因此，该两个交易都不满足 59 号文有关 50% 比例的要求。

2. 其次，在交易完成后，D 直接持有 31.03% 的 A 股权，该股权价值 4.5 个亿。D 还直接持有 25.93% 的 B 股权，该股权价值 3.5 个亿。因此，D 通过公司链 D—A—E 以及 D—B—E 间接在 E 中的股东权益得以持续（8 个亿）。

综上，尽管本交易满足股东权益连续规则，但由于母公司 C 并不属于重组当事方，所以不能满足 50% 的股权被收购的条件，因此该交易不满足特殊性税务处理的要求。

在【例 16－3】中，我们可以发现，同一控制下的多个收购方进行的“多对一”情形，事实上这种交易可能属于关联收购集团的母公司实施的三角并购，如果真正的收购方属于该母公司的话或者说由母公司增发股份作为支付对价的

话，并且收购完成后可以实现母公司对目标公司的间接控制（合计持股比例超过50%）的话，则对于该母公司而言，满足59号文有关特殊性税务处理的要求。但如果收购方直接就是收购子公司而不使用收购母公司的股权支付的话，由于每个收购方收购的目标公司的股权比例都达不到50%，而收购母公司又不是重组当事方，则整个交易无法站在收购集团的角度来满足59号文有关特殊性税务处理的要求。

综上所述，对于关联收购集团下的“多对一”情形而言，需要根据重组当事方确定原则以及“股权的推定所有权”规则对整个交易进行判断，收购方在收购完成后是否满足股东权益连续性规则和经营连续性规则（假定合理的商业目的满足）。笔者构建的主要判断规则如下：

第一步，判断并购重组的当事方，并判断收购的多方是否构成关联公司集团（50%持股比例要求）；

第二步，如果不构成关联公司集团，则收购各方与目标公司的股东的股权收购交易应视为各自独立的股权收购重组交易进行处理；如果构成关联公司集团，则按照第三步进行判断；

第三步，股权收购完成后，判断收购关联公司集团的控股母公司是否是重组当事方之一（根据三角并购重组交易理论进行，主要判断依据是控股母公司是否支付对价以及是否满足85%控制要求）。如果不是，收购各方与目标公司的股东的股权收购交易应视为各自独立的股权收购交易进行处理；如果是，则按照第四步进行判断；

第四步，依据“股权的推定所有权”规则判断控股母公司是否对目标公司构成税法上要求的“控制”（50%标准），如果直接和间接持股比例合计超过50%的话，则59号文有关经营连续性规则的要求被满足。

事实上，上述的三角并购的重组当事方的判断不光在股权收购重组中存在，在合并、资产收购重组中同样可以适用，这即是整个三角并购重组交易的构建问题，有关原理类似，在此不再赘述。

从上述规则可以看出，解决关联集团公司收购是否适用特殊性税务处理的问题的关键实质还是是否允许三角并购重组以及收购母公司是否可以向下任意转移标的资产的问题，如果我国税法构筑这样的税制，将解决实践中很多收购案例的适用问题，将一定程度上起到促进并购重组交易的目的。

六、股权转让合同约定目标公司债权债务由原股东承担的税务处理

在我国股权并购（特别是在一些不太规范的企业并购）实践中，还存在一

类特殊的股权转让交易行为。即，在股权转让合同中约定“目标公司债权债务由原股东承担”（下称“承债式”股权转让）。那么，这种并购方式下如何进行法律性质界定，具有什么法律、税务风险呢？笔者分析如下：

（一）“承债式”股权转让的法律性质

1. 合同条款约定的有效性分析

根据《合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”因此，只要不属于上述情形的，遵循合同当事方意思自治的原则，股权转让合同中约定股权转让基准日之前的债权债务由原股东承担应属有效。

2. 合同条款约定的定性分析

同时，这样的约定属于公司权利和义务的概括转让。根据《合同法》第八十条规定：“债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。”第八十四条规定：“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。”第八十八条规定：“当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。”因此，如果在股权转让时，并没有履行前述的外部债权人同意以及通知外部债务人的义务的话，该等约定并不能对抗外部债权人和债务人。即是说，外部的债权人依然可以向目标公司要求偿还债务，只不过目标公司在清偿债务之后，可以依据股权转让协议的约定向股权出让方进行追偿。同样，对于目标公司的外部债务人而言，它依然可以只向目标公司履行清偿义务而不必向股权出让方进行清偿，当然按照约定，目标公司收到该等清偿款项后需要转移支付给股权出让方。

需要注意的是，在目前的公司股权并购实务中，我们已经很少会采用这种“承债式”股权收购处理方式了。以前采用这种并购方式的主要原因在于：目标公司的债权、债务混乱、复杂且难以确认的情况下，收购公司不想承担或然债务。尽管我们知道这样的协议约定从合同法角度属于有效约定，但是，如果没有取得外部债权人的同意的情况下，不得对抗外部债权人，所以外部债权人依然可以向目标公司请求偿还后由目标公司向原股东追偿。显然，既然目标公司的债务混乱、复杂且难以确认时，并不能取得外部债权人的同意。譬如，债务已经过了诉讼时效期，还需要向债权人去确认从而导致诉讼时效重新起算？如果双方本身就对债务有争议，又如何能够确认？而且实务中外部债权人都是众

多的，一般不会只存在股东债权人，如何取得所有债权人的同意，操作会比较困难。所以，实务中，收购方在股权作价时一般都会全部确认这些账面负债并在作价中扣除掉（或者采用或然负债条款）。譬如，在有限责任公司股权转让作价中，实务中一般都是按照净资产的评估价为基准进行作价。

（二）“承债式”股权转让的所得税法规定

1. “承债式”股权转让的个人所得税法规定——《国家税务总局关于股权转让收入征收个人所得税问题的批复》（国税函［2007］244 号）

《国家税务总局关于股权转让收入征收个人所得税问题的批复》（国税函［2007］244 号，下称“244 号文”）明确规定：

“一、你省某温泉公司原全体股东，通过签订股权转让协议，以转让公司全部资产方式将股权转让给新股东，协议约定时间以前的债权债务由原股东负责，协议约定时间以后的债权债务由新股东负责。根据《中华人民共和国个人所得税法》及其实施条例的规定，原股东取得股权转让所得，应按‘财产转让所得’项目征收个人所得税。

二、应纳税所得额的计算

（一）对于原股东取得转让收入后，根据持股比例先清收债权、归还债务后，再对每个股东进行分配的，应纳税所得额的计算公式为：

应纳税所得额 =（原股东股权转让总收入 – 原股东承担的债务总额 + 原股东所收回的债权总额 – 注册资本额 – 股权转让过程中的有关税费）×原股东持股比例。

其中，原股东承担的债务不包括应付未付股东的利润（下同）。

（二）对于原股东取得转让收入后，根据持股比例对股权转让收入、债权债务进行分配的，应纳税所得额的计算公式为：应纳税所得额 = 原股东分配取得股权转让收入 + 原股东清收公司债权收入 – 原股东承担公司债务支出 – 原股东向公司投资成本。”

从 244 号文的规定可以看出，应纳税所得额的计算可以采用两种不同的方法计算，但结果相同，并无本质区别：

方法一：“先收后分”方式。244 号文第二条第（一）项规定采用的是由原股东对债权、债务进行清收、归还后计算的方法，表述为“原股东所收回的债权总额”和“原股东承担的债务总额”；

方法二：“先分后收”方式。244 号文第二条第（二）项规定采用的是直接按照持股比例对股权转让收入、债权债务进行分配计算的方法，表述为“原股

东清收公司债权收入”和“原股东承担公司债务支出”。

无论采用何种方法计算的“承债式”股权转让所得，其中的“原股东所收回的债权总额”（或“原股东清收公司债权收入”）和“原股东承担的债务总额”（或“原股东承担公司债务支出”）均应指原股东清收债权或承担债务的实际数额，而非协议约定时间的账面数额。

需要特别注意的是，股权转让交易属于股权转让方（股东）和股权受让方之间的交易行为，而目标公司仅仅属于利益相关体，不属于合同交易的直接当事方；同时，目标公司股权转让基准日之前的债权债务由原股权出让方享有和承担实质是目标公司与原股权出让方之间的债权债务转让行为，这属于被投资企业与原股权出让方之间的交易。显然，244 号文将两个交易混淆为一个交易了，这明显违反了《合同法》规定的“合同相对性原则”。我们可以发现，无论是方法一或是方法二都将原股东所收回（或清收）公司债权计入股权转让所得中，笔者认为这显然违反了《合同法》的原理和规定。首先，原股东承受的债权属于目标公司和原股东之间的交易，并不属于本次股权转让作价的依据，因为 244 号文明确规定“以转让公司全部资产方式将股权转让给新股东”，显然这个时候在作价时，并不会考虑有关被“剥离”的债权、债务来对标的股权作价；其次，这些债权并不属于股权受让方的资产，其权属人为目标公司。因此，目标公司向原股东转移债权的行为并不构成收购对价的一部分，因为收购方并没有转移债权给原股东。

此外，244 号文的规定在实践中亦很难操作并面临新的税务问题。譬如，按照 244 号文的规定，计算个人股东应纳税所得额时应采用债权、债务的实际清收、偿还金额计算。那么，税务机关如何在短期内来确定这些债权债务的实际所得？显然，244 号文的处理只能是理想的状态。实践中，基本无法进行操作。如果债权、债务金额按照其账面价值计算，但以后清偿金额与账面金额不一致时如何处理呢？这将引发“补税”和“退税”的问题。譬如，如果被转让目标公司由于债务不需要偿还了，可能被税务局认定为“无法支付的应付款项”而被征收企业所得税的税收风险。此时，如果按照前述账面价值来征税的话，原股东已经扣减了该部分债务，难道还要叫原股东再补税？类似地，如果被转让目标公司由于债权没有全部清收回来，到时可以申报资产损失扣除，但原股东已经作为股权转让对价的一部分纳税了，难道税务机关以后还对原股东退税？这些都是 244 号文适用的难题。

笔者注意到，244 号文仅仅是国家税务总局针对广东省地方税务局的个别批

复，在其他地方是否具有适用性，也是值得考虑的问题。

【例16－4】约定目标公司债权债务由原个人股东承担的股权转让交易

假定，X公司系在海南省设立的有限责任公司，（为简化讨论）A个人系X公司的100%控股股东，于2013年1月1日出资50万设立了X公司。现在，A计划将其持有的100%的X股权作价转让给B个人。在股权转让基准日（2014年6月30日），X公司的资产负债简表如下（单位：万元）：

项目	账面价值	公允价值	项目	账面价值	公允价值
资产（应收债权除外）	200	300①	债务	100	100
应收债权	40	40	其中：应付A债务	40	40
其中：应收A债权	20	20	负债合计：	100	100
资产合计：	240	340	所有者权益	140②	240

注：①资产的公允价值采用基础资产法评估确定，未考虑未来收益。

②A自然人的初始股权投资成本（财产原值）为50万，未分配利润为90万。

经A和B协商谈判，股权转让协议对有关股权转让主要事项约定如下：

（1）股权转让作价的确定按照如下方式进行：

股权转让作价＝股权转让基准日初始作价＋X公司过渡期损益

＝300万元＋X公司过渡期损益；

（2）股权转让基准日之前的X公司的债权债务均由原股东A承担，基准日之后的X公司的债权债务均由新股东B承担；

（3）股权转让基准日与“股权交割日”之间的期间（下称“过渡期”）X公司的损益由B享有和承担。

（4）在股权转让协议签署生效之后7个工作日内，B支付初始对价的30%（即90万），在办理股权的工商变更登记之日后7个工作日内，再支付初始对价的50%（即150万），在X公司管理权实际移交之日（下称“股权交割日”）后30日内，双方确定过渡期损益之日后15个工作日支付剩余款项。

（5）若B不能按照第（4）点约定的支付安排支付价款的话，将按照同期银行贷款利率支付违约金。

A和B于2014年7月31日签署了股权转让协议，并于2014年9月30日完成了股权工商变更登记。双方在2014年10月31日进行了正式的管理权移交。随后，A和B在2014年11月15日确定了过渡期损益为20万元。但，B并没有按照合同约定支付剩余款项80万元，延迟了1个月支付。假定，同期的银行贷

款年利率为6%，则B向A支付80万价款的同时还支付了0.4万元（80×6%/12）违约金。

问题：该股权转让中，A个人的所得税如何确认和计算？

【解析】为简化，假定不考虑过渡期损益及股权转让中的有关税费。则：

1. 根据国税函［2007］244号文的规定，A个人的税务处理如下：

A的应纳税所得额=（原股东股权转让总收入－原股东承担的债务总额+原股东所收回的债权总额－注册资本额）×原股东持股比例

=（300－100+40－50）×100%

=190（万元）

按照国税函［2007］244号文计算的A个人的应纳税所得额属于真实的金额，不存在按照300万元减去50万元计算得出的结果而多缴税的问题。其原因在于：一是，A收到的股权转让对价为300万元；二是，A对转让的X股权的财产原值进行了调整计算。即：A转让的X股权的财产原值=50+100－40=110（万元）。

2. X公司的税务处理如下：

如果X公司将债权、债务转移给A个人的净额计入营业外收入60万元，则当期应纳税调减60万元；如果计入资本公积（溢价）则不存在纳税调整的问题。

3. 为什么按照上述方式来进行税务处理呢？笔者认为，A将其持有的X公司的100%股权作价转让给B的交易实质包括了如下两个方面的内容：

（1）在X公司资产和负债的评估作价（基础资产法）的基础上来确定A持有的100%的X公司股权的价值。即，在X公司全部资产评估价值300万的基础上确定初始预约定价为300万元（我们可以发现国税函［2007］244号的一个条件就是“以转让公司全部资产方式将股权转让给新股东”）；

（2）股权转让基准日（2014年6月30日）之前的X公司的债权债务由A享有和承担并就其净额视为对其原股权原值的调整。

2. “承债式”股权转让的企业所得税法规定

应该讲，我国的企业所得税法并没有个人所得税法中244号文这样的对“承债式”股权转让如何进行所得税处理的专门规定。因此，在实践中，有人认为，对于企业股东采用“承债式”股权转让则可能面临双重的税务风险：一是，承担债权、债务的原股东就承担的债务部分因单独承担并未计入股权转让作价，从而导致股权转让作价“虚高”而多缴税；二是，目标公司的债务如果以后支

付不出去，对于目标公司则可能按照“无法支付的应付款项”而被征收企业所得税。那么，到底是否是这样一回事呢？笔者认为，只要在股权转让交易中对标的股权的作价排除了该等债权、债务影响的，将不存在前述第一个问题；其次，对于第二个问题，如果没有“真实地”进行债权、债务的转移法律手续，则目标公司可能会存在此类税务风险，但可以通过协议约定转嫁给原股东。

八、个人股东股权转让的税务问题

在股权转让交易中，如果出让股东属于个人股东，则其转让持有的目标公司的股权资产时，将可能涉及个人所得税。根据《股权转让所得个人所得税管理办法（试行)》(国家税务总局公告 2014 年第 67 号，下称“67 号公告”）的有关规定，个人将投资于中国境内成立的企业或组织（以下统称被投资企业，不包括个人独资企业和合伙企业）的股权或股份给其他个人或法人的行为属于股权转让行为，应当依法缴纳个人所得税。特别的如果个人以股权资产对被投资企业进行非货币性资产投资时，还会涉及《财政部 国家税务总局关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知》（财税［2015］41 号，下称“41 号文”）的竞合适用的问题。

（一）股权转让个人所得税的主要政策

应该讲，在 67 号公告出台之前，有关股权转让个人所得税的政策主要包括如下一些：

1.《财政部、国家税务总局关于个人转让股票所得继续暂免征收个人所得税的通知》(财税字［1998］61 号)（有效)；

2.《国家税务总局关于纳税人收回转让的股权征收个人所得税问题的批复》(国税函［2005］130 号)；(有效)

3.《国家税务总局关于个人股权转让过程中取得违约金收入征收个人所得税问题的批复》(国税函［2006］866 号)；(有效)

4.《国家税务总局关于股权转让收入征收个人所得税问题的批复》(国税函［2007］244 号)；(有效)

5.《财政部、国家税务总局、证监会关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的通知》(财税［2009］167 号)；(有效)

6.《国家税务总局关于加强股权转让所得征收个人所得税管理的通知》(国税函［2009］285 号)；(被 67 号公告废止)

7.《国家税务总局关于股权转让个人所得税计税依据核定问题的公告》(国

家税务总局公告2010年第27号)；(被67号公告废止)

8. 财政部、国家税务总局、证监会《关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的补充通知》(财税［2010］70号)；(有效)

9.《财政部 国家税务总局关于证券机构技术和制度准备完成后个人转让上市公司限售股有关个人所得税问题的通知》(财税［2011］108号)；(有效)

其中，财税［2009］167号、财税［2010］70号和财税［2011］108号是关于个人转让上市公司限售股有关个人所得税问题的特别政策（笔者将在“专题39：限售股转让的所得税、营改增问题”中详细介绍)；国税函［2005］130号是关于因受让方违约而转让方收回股权应视为第二次股权转让行为的个人所得税政策，国税函［2006］866号是关于个人股权转让过程中取得违约金收入的个人所得税政策；国税函［2007］244号是关于“承债式”股权转让的个人所得税政策（笔者已在前文介绍)。而67号公告则是最新的有关股权转让所得个人所得税的政策，它废止了以前一直适用的国税函［2009］285号和国家税务总局公告2010年第27号。需要注意的是，在67号公告出台之后，67号文成为了个人股权转让个人所得税政策中最基本和核心的政策，本文也将主要围绕它来进行讨论。

除了上述直接与个人股权转让个人所得税有关的政策之外，还间接涉及股权转让的政策包括如下四个：

10.《国家税务总局关于个人终止投资经营收回款项征收个人所得税问题的公告》(国家税务总局公告［2011］第41号)；

11.《国家税务总局关于个人投资者收购企业股权后将原盈余积累转增股本个人所得税问题的公告》(国家税务总局公告2013年第23号)；

12.《财政部、国家税务总局、证监会关于沪港股票市场交易互联互通机制试点有关税收政策的通知》(财税［2014］81号)；

13.《财政部 国家税务总局关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知》(财税［2015］41号)。

应该讲，国家税务总局公告［2011］41号还适用于个人收回股权投资时，按照股权转让计征财产转让所得个人所得税的问题，国家税务总局公告2013年第23号则涉及个人投资者收购企业股权后将原盈余积累转增股本以及后续股权转让的个人所得税问题，财税［2014］81号则是有关“沪港通”的特殊政策（笔者将在“专题40：QFII、RQFII和‘沪港通’的税务问题”中详细介绍)，而41号文则涉及个人以股权资产投资时的个人所得税政策（笔者已在“专题1：

非货币性资产投资的税务问题”中介绍）。

（二）67 号公告的个人股权转让个人所得税政策

1. 个人股权转让的定义及范围

（1）股权的定义

67 号公告第二条规定：“本办法所称股权是指自然人股东（以下简称个人）投资于在中国境内成立的企业或组织（以下统称被投资企业，不包括个人独资企业和合伙企业）的股权或股份。”

理解上述规定，需要注意如下几点：

①股权属于一个广义的定义。即，既包括有限责任公司的股权，也包括股份有限公司的股份。

②股权的出让人仅指自然人股东（“个人”），而不包括个人独资企业和合伙企业。如果是后者，应适用有关个人独资企业和合伙企业的税法法规。

③股权对应所属的对象只能是企业或组织，不包括个人独资企业和合伙企业。这很好理解，因为这两者皆不属于企业法人，涉及转让时，属于独资企业权益份额和合伙权益份额的转让，而不是股权转让。

【疑难问题 16－1】合伙企业或个人独资企业转让被投资企业股权时，价格明显偏低且无正当理由的，是否适用 67 号公告？税务机关是否有核定权？

实务中，股权出让方属于合伙企业或个人独资企业时，价格明显偏低且无正当理由的，是否适用 67 号公告的规定？笔者认为，根据 67 号公告第二条的规定，公告所规制的股权出让方是指自然人股东，并未明确规定合伙企业或个人独资企业可以适用，因此不能适用。应适用合伙企业的税收法规。根据《财政部 国家税务总局关于印发〈关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉的通知》（财税［2000］91 号）第三条规定：“个人独资企业以投资者为纳税义务人，合伙企业以每一个合伙人为纳税义务人（以下简称投资者）。”第七条规定：“有下列情形之一的，主管税务机关应采取核定征收方式征收个人所得税：（一）企业依照国家有关规定应当设置但未设置账簿的；（二）企业虽设置账簿，但账目混乱或者成本资料、收入凭证、费用凭证残缺不全，难以查账的；（三）纳税人发生纳税义务，未按照规定的期限办理纳税申报，经税务机关责令限期申报，逾期仍不申报的。”显然，合伙企业或个人独自企业转让股权的，合伙人或业主为纳税义务人。我们可以发现，67 号公告赋予税务机关在股权转让“价格明显偏低且无正当理由的”时的核定权，但财税［2000］91 号显然没有。因此，税务机关只能根据《税收征管法》第三十五条第（六）

项“纳税人申报的计税依据明显偏低，又无正当理由的”的规定，行使核定权。但税务机关在具体核定时，将没有像67号公告所规定的那么详细的核定规定作为执法依据，这也是实践中，引起税企争议的地方。

（2）股权转让的范围

67号公告第三条规定：“本办法所称股权转让是指个人将股权转让给其他个人或法人的行为，包括以下情形：（一）出售股权；（二）公司回购股权；（三）发行人首次公开发行新股时，被投资企业股东将其持有的股份以公开发行方式一并向投资者发售；（四）股权被司法或行政机关强制过户；（五）以股权对外投资或进行其他非货币性交易；（六）以股权抵偿债务；（七）其他股权转移行为。”

理解上述规定，需要注意如下几点：

①对于第（二）项，67号公告的规定与《公司法》保持一致。其法律依据是《公司法》第七十四条（适用于有限责任公司）和第一百四十二条（适用于股份有限公司）。从公司法原理和税法原理来看，公司回购股权的实质是，公司以财产（现金、其他非现金财产、股权或有价证券等）作为对价收购股东持有的公司的股权，视为股东将其持有的公司股权作价转让给公司，交易的主体是公司与公司的股东之间，这是与第（一）项“出售股权”不同的地方。

②对于第（三）项，公司在IPO前，通常已经成立并存续一段时间，大多还是从有限责任公司整体变更成股份有限公司后股票上市，因此在此之前股东持有公司的股权发生的转让交易行为与在公开交易市场上购买股票再转让具有本质区别，不属于67号公告第三十条规定的适用排外的情形（即“个人在上海证券交易所、深圳证券交易所转让从上市公司公开发行和转让市场取得的上市公司股票，转让限售股，以及其他有特别规定的股权转让，不适用本办法”）。

③对于第（六）项，实质是转让方将持有的企业股权作为对价清偿债务，债权人从而获得股权成为新的股东。

④对于第（七）项“其他股权转移行为”，应该理解为包括赠与、继承等其他情形。需要考虑的是企业合并、分立算不算本条第（七）项规定的其他情形？可以发现，67号文第三条第（二）项可以涵盖企业分立，因为在企业分立中，相当于被分立企业用分立企业的股权作为对价回购了其股东持有的被分立企业的股权。但企业合并呢？笔者认为企业合并不能算其他情形，因为它本质是合并企业与被合并企业之间的资产收购，实质还是要归结于被合并企业解散清算中的回购股权行为，还是适用67号文第三条第（二）项。

【疑难问题16－2】 个人向合伙企业或个人独资企业转让股权时，是否适用67号公告?

实务中，如果个人向合伙企业或个人独资企业转让股权时，是否适用67号公告?由于67号公告第三条规定，本办法所称股权转让是指个人将股权转让给其他个人或法人的行为。显然股权转让的受让方只能是“其他个人或法人”，并不包括合伙企业或个人独资企业，这样的规定实际将股权转让给合伙企业或个人独资企业排除在67号公告规制范围。这令笔者感到是否的困惑，因为对于个人转让股权的受让方的不同不应成为67号公告适用个人股权转让的障碍。当然，此时，我们只能依据《个人所得税法》及其实施条例的有关“财产转让所得”的规定来适用，这跟67号公告是为个人股权转让提供征管依据和指引的初衷完全背道而驰。譬如，对于股权转让价格明显偏低且无正当理由的，因不能直接适用67号公告的规定，而只能去寻求《税收征管法》的有关规定执行。

2. 股权转让价款的“价外费用”——兼论国税函［2006］866号和国税函［2005］130号的适用

67号公告第八条规定：“转让方取得与股权转让相关的各种款项，包括违约金、补偿金以及其他名目的款项、资产、权益等，均应当并入股权转让收入。”

（1）如何理解“违约金”和“补偿金”?

国税函［2006］866号规定：“根据《中华人民共和国个人所得税法》的有关规定，股权成功转让后，转让方个人因受让方个人未按规定期限支付价款而取得的违约金收入，属于因财产转让而产生的收入。转让方个人取得的该违约金应并入财产转让收入，按照‘财产转让所得’项目计算缴纳个人所得税，税款由取得所得的转让方个人向主管税务机关自行申报缴纳。”67号公告的“违约金”并非仅仅指国税函［2006］866号所列举的违约金情形，国税函［2006］866号的情形只是其中之一。国税函［2006］866号所称的“股权成功转让”我们一般是指股权正式交割或交付，实务中一般以工商变更登记为标志。但是，我们知道工商变更登记并不一定就意味着股权转让合同的终结，因为还可能存在后续的权利和义务。譬如，国税函［2006］866号所列举的“转让方个人因受让方个人未按规定期限支付价款”。在实务中，譬如，股权转让合同约定：“在工商登记后支付［　　］%的价款，在目标公司管理权正式移交后再支付［　　］%的价款，剩余价款在管理权移交后［　　］个月内支付。”但是，还可能存在其他情形。比如受让方不按时移交管理权导致违约而产生违约金，但其前提是统一的，即必须是股权转让完成后的违约金或补偿金才构成“价外费用”。

（2）如何理解“其他名目的款项、资产、权益”？

67 号公告这样来个兜底的规定实在也是题中应有之义。实践中，可能出现的情形会很多。譬如，股权转让合同可以约定：“因甲方（笔者注：出让方）的原因使得股权不能按照转让或管理权不能按时移交，而导致乙方（笔者注：收购方）产生的额外的差旅费用、人工费用、办公费用等一切费用由甲方承担。”这就是一个其他名目的款项，亦是一个资产，也是一个权益。再譬如，与增值税类似的“滞纳金、延期付款利息、赔偿金、罚息”等名目也是一样的情形。

（3）如何理解国税函［2005］130 号的适用？

笔者对国税函［2005］130 号的规定并不认同。理由如下：

国税函［2005］130 号规定：“转让行为结束后，当事人双方签订并执行解除原股权转让合同、退回股权的协议，是另一次股权转让行为，对前次转让行为征收的个人所得税款不予退回。”笔者不认同在于，它用的是“解除”。按照《合同法》第九十一条规定：“有下列情形之一的，合同的权利义务终止：……（二）合同解除；……”因此，合同解除产生的法律后果是合同的权利和义务终止，即是说后面签署的解除股权转让的协议导致的法律后果使得原股权转让合同的权利和义务终止，这就导致我们应当理解为后面的协议是一个补充协议，是原股权转让合同的一部分。为什么要视为另外一个股权转让行为呢？这仅仅是一个股权的恢复，并不是股权转让行为，因为双方根本可能没有要进行股权转让的真实意图。同时，第二次股权转让行为的对价是多少呢？如果要视为第二次股权转让，那么出让方就是第一次的受让方，受让方就是第一次的转让方，第二次转让的出让方没有收取任何对价，反而还支付了一笔违约金。所以，笔者个人认为还是需要退税。

3. 何为股权转让作价“明显偏低”？（67 号公告第十二条）

67 号公告第十二条规定：“符合下列情形之一，视为股权转让收入明显偏低：（一）申报的股权转让收入低于股权对应的净资产份额的。其中，被投资企业拥有土地使用权、房屋、房地产企业未销售房产、知识产权、探矿权、采矿权、股权等资产的，申报的股权转让收入低于股权对应的净资产公允价值份额的；（二）申报的股权转让收入低于初始投资成本或低于取得该股权所支付的价款及相关税费的；（三）申报的股权转让收入低于相同或类似条件下同一企业同一股东或其他股东股权转让收入的；（四）申报的股权转让收入低于相同或类似条件下同类行业的企业股权转让收入的；（五）不具合理性的无偿让渡股权或股份；（六）主管税务机关认定的其他情形。”

理解上述规定需要注意如下要点：

（1）对于第（一）项：低于“净资产份额”或“净资产公允价值份额”。该项的规定分为两种情况：一是，被投资企业不拥有土地使用权、房屋、房地产企业未销售房产、知识产权、探矿权、采矿权、股权等资产的，以“净资产份额”为基准；二是，被投资企业拥有土地使用权、房屋、房地产企业未销售房产、知识产权、探矿权、采矿权、股权等资产的，以“净资产公允价值份额”为基准。其基本的原理在于，土地使用权等非货币性资产一般内含有较大的资产评估增值。

（2）对于第（二）项：低于“初始投资成本”或“支付的价款及相关税费”。对于该项，67 号公告使用了“低于初始投资成本或低于取得该股权所支付的价款及相关税费的”，这是区别两种情形分别适用：一是，股东属于被投资公司的初始创设股东，对应“初始投资成本”；二是，股东属于通过股权转让或增资获得的股东身份，对应“取得该股权所支付的价款及相关税费的”。实质都是适用所得税法上的一般历史成本原则。

（3）对于第（三）项：低于“相同或类似条件下同一企业同一股东或其他股东股权转让收入的”。如何理解本项规定？笔者认为，不应该仅仅考虑目标公司的资产、负债或财务状况，应该理解为同一企业同一股东或其他股东“相同或类似条件”下的股权转让交易的状态。

（4）对于第（四）项：低于“相同或类似条件下同类行业的企业股权转让收入的”。笔者认为，这是一个“利器”！特别可以适用于在第（三）项无法适用的情形下，通过“参照物”交易来进行定性。

（5）对于第（五）项：“不具合理性的无偿让渡股权或股份”。本项应该与“赠与”股权结合起来，这隐含着如果有正当理由的无偿让渡股权（赠与股权）可以不视为“明显偏低”。

4. 何为“视为有正当理由”？（67 号公告第十三条）

67 号公告第十三条规定：“符合下列条件之一的股权转让收入明显偏低，视为有正当理由：（一）能出具有效文件，证明被投资企业因国家政策调整，生产经营受到重大影响，导致低价转让股权；（二）继承或将股权转让给其能提供具有法律效力身份关系证明的配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹以及对转让人承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人；（三）相关法律、政府文件或企业章程规定，并有相关资料充分证明转让价格合理且真实的本企业员工持有的不能对外转让股权的内部转让；（四）股权

转让双方能够提供有效证据证明其合理性的其他合理情形。”

关于本条规定，笔者只着重说明如下两点：

（1）对于第（二）项，继承就不说了；股权转让的，如前所述，似乎可以与第十二条第（五）项关联起来，或者如果非要有一个转让价格的话，仅仅是 1 元类似的名义作价，而避免“无偿”，因为可以视为有正当理由的作价明显偏低；

（2）对于第（三）项，需要注意如下几点：

①前提是相关法律、法规或企业章程有规定不能对外转让。

②不能“对外”转让。此处的对外应该理解为不能对“公司现有股东以外的第三人”转让。

③转让价格“合理”。何谓“合理”的价格？其实这样的问题在公司法理论中经常会出现。譬如，《公司法》第七十一条第二款规定了有限责任公司股东拥有同意权，不同意的应当购买。笔者认为，此时购买的价格按照公司法的立法本意应当是合理的价格，即是说，是其按照公司的资产计算的股权的价值，可以协商确定，协商不成的应当经过评估。因为，此时立法的本意是维系公司的人合性，既然其他股东半数以上不同意转让，其他股东就应该以股权的合理的价格购买。

④“真实”的本企业员工持有的不能对外转让股权的内部转让。

5. 如何确认股权原值？（67 号公告第十五至十八条以及兼论国家税务总局公告 2013 年 23 号）

67 号公告第十五条规定：“个人转让股权的原值依照以下方法确认：（一）以现金出资方式取得的股权，按照实际支付的价款与取得股权直接相关的合理税费之和确认股权原值；（二）以非货币性资产出资方式取得的股权，按照税务机关认可或核定的投资入股时非货币性资产价格与取得股权直接相关的合理税费之和确认股权原值；（三）通过无偿让渡方式取得股权，具备本办法第十三条第二项所列情形的，按取得股权发生的合理税费与原持有人的股权原值之和确认股权原值；（四）被投资企业以资本公积、盈余公积、未分配利润转增股本，个人股东已依法缴纳个人所得税的，以转增额和相关税费之和确认其新转增股本的股权原值；（五）除以上情形外，由主管税务机关按照避免重复征收个人所得税的原则合理确认股权原值。”

理解上述规定需要注意如下几点：

（1）对于第（二）项：非货币性资产出资取得的股权。对于该项，67 号公告使用了“税务机关认可或核定的投资入股时非货币性资产价格”。这意味着，

股东在以非货币性资产“投资入股时”，税务机关要进行认可或核定，即如果认可股东的非货币性资产的价格，则不需要核定；如果不认可，则需要核定。

譬如，A 个人初始投资设立 X 公司时，以现金 100 万和评估价值 200 万的办公房屋作为投资。但是，投资时，如果税务机关认为该房产作价偏低，核定为 300 万，则 A 个人应当按照 300 万的价格转让该等房产给 X 公司处理，A 确认财产转让所得 = 300 - 100（取得成本） = 200（万）。

在 X 公司会计处理上，依然按照 200 万进行账务处理：

借：固定资产——房屋　　200

银行存款　　100

贷：实收资本　　300

因此，股东应注意保存投资协议、款项支付证明，财产过户手续以及完税证明等作为未来的股权原值证明资料。同时，被投资企业应当依据 67 号公告第六条第二款的规定，详细记录股东持有本企业股权的相关成本。

（2）对于第（三）项：无偿让渡方式取得股权。无偿让渡方式取得股权，具备本办法第十三条第二项所列情形的，按取得股权发生的合理税费与原持有人的股权原值之和确认股权原值。即是说，只有满足 67 号公告第十三条第（二）项规定时，才这样来确定股权原值。实质是对三代以内直系亲属之间股权的赠与，视为有正当理由，给予免税的政策。为了下手以后再转让股权不重复征税（67 号公告第十三条第（五）项也强调，除以上情形外，由主管税务机关按照避免重复征收个人所得税的原则合理确认股权原值）以及免税政策不“落空”（类似于居民企业股东的免税股息也要调增其股权计税基础），必须以原持有人的股权原值加合理税费确定。

（3）对于第（四）项：以资本公积、盈余公积、未分配利润转增股本。该项规定，被投资企业以资本公积、盈余公积、未分配利润转增股本，个人股东已依法缴纳个人所得税的，以转增额和相关税费之和确认其新转增股本的股权原值。

67 号公告的规定一出台，本项规定就引起了部分争议——难道资本公积转增都要缴纳个税了？笔者认为该项规定的本意并非如此，理由如下：该项规定设定了前提条件“个人股东已依法缴纳个人所得税的”，所以，还是要依据国税发［1997］198 号和国税函［1998］289 号等文件去处理——即，资本公积（溢价）部分转增不纳税，也不调整股权的原值——原存在的争议是，似乎只有“股份制企业”（股份有限公司）的溢价转增才能享受，笔者的观点一直是不能

区分企业的组织形式来区别对待，因为资本公积（资本溢价）和资本公积（股本溢价）本质没有区别，都是准资本投入，唯一的区别是股份有限公司将资本划分为等额的股份而已，这是公司立法为了便于股份有限公司自由转让导致的。

从实务角度看，67 号公告本项的“资本公积”应包含“资本公积（溢价）”和“资本公积（其他资本公积）”，只有依据税法规定，对于非股份制企业的资本公积（溢价）（尽管笔者不太赞同此观点）和资本公积（其他资本公积）（尽管笔者认为实务中不应这样转增）转增的，个人股东已依法缴纳个人所得税的，才以转增额和相关税费之和确认其新转增股本的股权原值。

【疑难问题 16－3】《国家税务总局关于个人投资者收购企业股权后将原盈余积累转增股本个人所得税问题的公告》（国家税务总局公告 2013 年 23 号）与 67 号公告的衔接问题。

23 号公告第二条规定：“新股东将所持股权转让时，其财产原值为其收购企业股权实际支付的对价及相关税费。”该规定意味着，原有盈余积累转增股本部分无论是否征税，均不能增加股权的原值（免税部分还好说，因为已经包含在收购对价中并体现在股权原值中）。这个规定似乎与 67 号公告第十五条第（四）项的规定存在冲突。依据从新原则，应当适用 67 号公告第十五条第（四）项规定。让我们以如下例子来说明：

假定，自然人 B 从自然人 A 处收购了 X 公司 100% 股权。收购前，X 公司净资产为 300 万。其中，实收资本 100 万（A 初始设立 X 公司的投资成本），盈余公积、未分配利润合计 200 万。如果 B 以 280 万价格收购 100% 的 X 公司股权，则：

A 股权转让所得＝280－100＝180（万元）

随后，X 公司将盈余积累 200 万元转增资本，B 实收资本增加的 200 万元中，其中 180 万元部分不必再纳税，另 20 万元转增部分要缴纳 20% 的个税。

假定，不久之后，B 转增资本后的 100% 的 X 公司股权作价 300 万元卖出，依据 23 号公告第二条的规定，其财产原值为其收购企业股权实际支付的对价及相关税费，即 280 万元，因此，会确认所得＝300－280＝20（万元）。

但是，依据 67 号文第十五条第（四）项之规定，B 转让股权的原值应等于 300 万（280＋20），这样就可以避免重复征税，这也符合第（五）项提出的避免重复征收个人所得税的原则。

6. 41 号文和 67 号公告同时适用的情形

我们知道，当个人以股权资产对被投资企业进行投资时，属于 41 号文所规

范的个人以非货币性资产投资。从并购重组的视角来看，也可以视为被投资企业（收购方）增发自身股权或股份作为对价收购个人持有的目标公司的股权。从此意义上讲，也属于个人的股权转让行为。显然，此时将存在67号公告和41号文竞合适用的问题。此时，个人完全可以选择适用41号文有关5年分期纳税的待遇。

需要提请注意的是，股权转让交易只有满足41号文第二条所规定的参与企业增资扩股、定向增发股票、股权置换（仅限于收购方增发股权进行置换）以及重组改制中涉及增发股权或股份作为对价的收购（实质就是股权收购）情形时，个人股东才可以选择适用41号文。

八、企业股权收购中，目标公司存在自然人股东时的税务处理

如本书“专题10：企业重组税制的基础理论与实践”中48号公告有关重组当事方的新规定所述，“上述重组交易中，股权收购中转让方、合并中被合并企业股东和分立中被分立企业股东，可以是自然人”和“当事各方中的自然人应按个人所得税的相关规定进行税务处理”。那么，在企业股权收购重组中，目标公司股东中存在自然人股东时如何进行税务处理呢？笔者以下例来进行说明：

【例16－5】股权收购中，目标公司存在自然人股东时的税务处理

假定，在某股权收购重组交易中，收购方P公司计划从目标公司T公司的股东手中收购T公司的80%股权。交易的对方（转让方）为A公司和B自然人，A和B各自持有T公司60%和20%的股权（各自的计税基础为300万元和100万元）。在股权收购基准日，T公司的净资产作价为1,000万元，在此基础上，P和A、B协商确定的收购对价总额为800万元，P以增发的价值600万元的股份作为对价支付给A，以增发的价值100万元的股份和100万元的现金作为对价支付给B。假定59号文规定的特殊性税务处理的其他要求都满足。

问题：此交易如何进行税务处理？

【解析】1. 首先，需要判断该股权收购交易是否满足特殊性税务处理的要求。P收购的目标公司的标的股权为60%＞50%，股权支付比例＝（600＋100）/800＝87.5%＞85%，并且其他条件都满足，因此该交易符合特殊性税务处理的要求。假定，交易各方协商选择按照特殊性税务处理进行。

2. 其次，需要接着判断交易中非股权支付应确认的所得金额。

（1）根据59号文规定来处理。59号文第六条第（六）项规定，非股权支付对应的资产转让所得＝（被转让的公允价值－被转让资产的计税基础）×

(非股权支付金额÷被转让资产的公允价值) = (800-400) × (100÷800) =50 (万元)。由于法人股东A仅仅分得了P股权未分得任何现金，则该50万元所得应全部分配给自然人股东B。

(2) 将交易分割为两个子交易来处理：

(a) 对于法人股东A，由于仅仅分得了P股权未分得任何现金，交易中不确认任何所得；

(b) 对于自然人股东B，视为以公允价值200万元的T股权交换了公允价值100万元的P股权和100万元的现金。对于交换的P股权而言，视为B以持有的10%的T股权对P公司进行股权投资处理，按照《财政部 国家税务总局关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知》(财税［2015］41号)的规定，B在当期实现并确认股权转让所得为50万元 (100-50)，但可以在5年期限内平均计入应纳税所得额计缴个人所得税，交易当期应计入10万元(50/5)；对于交换的100万现金而言，视为B转让持有的10%的T股权，取得股权转让所得50万元 (100-50)。

比较上述两种处理方式，可以发现，如果直接按照59号有关非股权支付对应的资产转让计算公式来计算将存在差异 (50万元所得)。其原因在于，在考虑股权支付比例时，自然人股东B接受的公允价值100万元的P股权算入了不计算资产转让所得的股权支付中，然而按照48号公告第一条第三款的规定，该股权支付应该计算实现的所得并按照5年平均分摊确认。即，在交易当期，自然人股东应实现并确认股权转让所得100万元，但仅仅只有总计60万元应计入当期的应纳税所得额 (其中以10%的T股权投资所实现的所得50万元仅只有10万元应计入当期应纳税所得额)。

3. 最后，P公司取得T股权的计税基础按照其原计税基础加自然人股东B确认的所得100万元确定。即，取得T股权的计税基础总额为500万元 (400+100)；A公司取得的P公司股权的计税基础以其持有的原T公司股权的计税基础确定，即为300万元；B取得的P公司股权的计税基础以其公允价值确定，即为100万元。可以发现，如果P公司在重组后，立即出售T股权的话，则转让所得为300万元 (800-500)，与B已经确认的100万元所得合计为400万元，与T公司不经重组时，A和B直接出售股权确认的所得400万元 (800-400)相等；如果A和B在重组后，立即出售持有的P股权的话，则股权转让所得为300万元［(600-300) + (100-100)］，与B已经确认的100万元所得合计为400万元，与A和B不经过重组直接出售持有的T公司股权确认的所得400万元

（800－400）相等。

因此，在同时存在法人股东和自然人股东的股权收购重组交易中，应遵循如下两个原则来确定税务处理：

（1）首先，在判断股权重组交易是否符合59号文特殊性税务处理要求时，转让方股东中自然人的存在并不构成整体交易符合特殊性税务处理要求的障碍——遵循整体交易原则。即是说，在判断目标公司被收购股份数量标准（50%标准）时，转让方自然人股东持有的标的股份亦应计算在内；同时，在判断股权支付比例标准（85%标准）时，转让方自然人股东接受的股权支付数额亦应计算在内。

（2）其次，在计算整个股权重组交易中非股权支付对应资产转让所得或损失时，不能直接适用59号文第六条第（六）项的公式来整体计算转让所得或损失，而应区分法人股东和自然人股东分别进行计算——遵循个别交易原则。

①先对自然人股东转让资产的交易按照个人所得税法的规定计算实现的所得，按照不同的交易类型或对价类型分别适用《个人所得税法》以及41号文、67号公告等规定。需要说明的是，在计算自然人股东转让资产所得时，其接受的收购方支付的股权对价部分亦应计算实现的所得，并无“递延纳税待遇”。

②再对法人股东转让资产的交易按照59号文的规定计算实现并确认的所得。如果法人股东既收到股权支付对价，又收到非股权支付对价的，应首先按照59号文第六条第（六）项的规定计算非股权支付对应资产转让所得或损失。

九、股权（票）转让的增值税（营改增）问题

（一）营改增前，股权（票）转让的营业税问题

在营改增之前，根据《中华人民共和国营业税暂行条例》及其实施细则的规定，营业税的征收范围为有偿提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产的行为。因此，股权收购重组中的股权转让行为不属于营业税征收范围。另《财政部、国家税务总局关于股权转让有关营业税问题的通知》（财税［2002］191号）第二条明确规定：“对股权转让不征收营业税。”需要注意的是，财税［2002］191号使用的是“股权”的表述，我们知道，按照公司法的一般理解，对于有限责任公司我们使用“股权”的表述，对于股份有限公司我们使用“股份”的表述，对于上市公司我们使用“股份”或“股票”的表述。

尽管针对有限责任公司的股权转让不征收营业税，但是针对上市公司的股票转让是否征收营业税并不明确，各地执法也并不统一。2013年2月23日，沪

市上市公司广西柳州两面针股份有限公司（600249）在证监会指定信息披露平台上刊登了“关于补缴税款的公告”——该案件属于股改支付对价后的“限售股”解禁后转让征营业税的稽查案件。该案件引发了市场的广泛热议，有认为限售股转让征营业税的，也有认为不征营业税的；有认为计税依据减除的买入价是当时原始股价，也有认为是上市首日开盘价，还有认为是上市首日收盘价。但是，我们应该注意到，2013 年 1 月，国家税务总局督察内审司向柳州市地方税务局下达的《国家税务总局督察内审司关于征求广西壮族自治区地方税务局税收执法督察报告意见的通知》（督审便函［2012］113 号）毕竟属于个案便函，仅有部分地区税务机关通过不同形式明确了限售股转让营业税问题，例如深圳，厦门等地要求征收，也有部分地区不征收。笔者的意见是倾向于征收，但应明确其“买入价”等问题。[①]

（二）营改增后，股权（票）转让的增值税问题

根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》第一条规定：“在中华人民共和国境内（以下称境内）销售服务、无形资产或者不动产（以下称应税行为）的单位和个人，为增值税纳税人，应当按照本办法缴纳增值税，不缴纳营业税。”《营改增试点实施办法》附录“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”第 4 点“金融商品转让”的规定：“金融商品转让，是指转让外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品所有权的业务活动。其他金融商品转让包括基金、信托、理财产品等各类资产管理产品和各种金融衍生品的转让。”通常，股权不被视为金融商品中的有价证券，但上市公司的股票则属于典型的有价证券。因此，纳税人转让上市公司股票的，属于金融商品转让的应税行为，需缴纳增值税。

36 号文附件 2《营改增试点事项规定》第一条第（三）项“销售额”第 3 点规定：“金融商品转让，按照卖出价扣除买入价后的余额为销售额。转让金融商品出现的正负差，按盈亏相抵后的余额为销售额。若相抵后出现负差，可结转下一纳税期与下期转让金融商品销售额相抵，但年末时仍出现负差的，不得转入下一个会计年度。金融商品的买入价，可以选择按照加权平均法或者移动加权平均法进行核算，选择后 36 个月内不得变更。金融商品转让，不得开具增值税专用发票。”36 号文附件 1《营改增试点实施办法》第四十五条规定：“增

---

① 笔者注：有关限售股转让涉及的营业税问题，请读者详见本书“专题 39：限售股转让的所得税、营改增问题”。

值税纳税义务、扣缴义务发生时间为：……（三）纳税人从事金融商品转让的，为金融商品所有权转移的当天……”显然，在应税销售额方面，36 号文延续了原营业税政策的规定。

同时，根据 36 号文附件 3《营改增试点过渡期政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（二十二）项“下列金融商品转让收入”的规定，下列五类金融商品交易免征增值税：

1. 合格境外投资者（QFII）委托境内公司在我国从事证券买卖业务。

2. 香港市场投资者（包括单位和个人）通过沪港通买卖上海证券交易所上市 A 股。

3. 对香港市场投资者（包括单位和个人）通过基金互认买卖内地基金份额。

4. 证券投资基金（封闭式证券投资基金，开放式证券投资基金）管理人运用基金买卖股票、债券。

5. 个人从事金融商品转让业务。

因此，与原营业税政策类似，个人从事金融商品转让业务免征增值税，并且还规定合格境外投资者（QFII）委托境内公司在我国从事股票买卖业务，证券投资基金（封闭式证券投资基金，开放式证券投资基金）管理人运用基金买卖股票等，予以免征增值税。

专题 17：资产收购的税务疑难问题

内容概览

尽管59号文对企业资产收购重组的所得税处理进行了明确的规定，但在实践中，依然存在一些适用疑难和争议。在本专题中，笔者将集中介绍最主要的7个方面的问题。本专题包含如下内容：

■ 59号文规定的资产收购和合并的异同及评述

■“实质经营性资产”及“投资资产”的理解和适用

■“不改变重组资产原来的实质性经营活动”的理解和适用

■“受让企业收购的资产不低于转让企业全部资产的50%”的理解和适用

■ 资产收购和股权收购竞合时的处理

■ 子公司收购母公司资产时，母公司持有的子公司的“长期股权投资”资产是否计入转让企业全部资产

■ 上市公司重大资产置换及发行股份购买资产交易的税务处理问题

一、59号文规定的资产收购和合并的异同及评述

根据59号文第一条第（四）项的规定：“资产收购，是指一家企业（以下称为受让企业）购买另一家企业（以下称为转让企业）实质经营性资产的交易。受让企业支付对价的形式包括股权支付、非股权支付或两者的组合。”根据59号文第一条第（五）项的规定：“合并，是指一家或多家企业（以下称为被合并企业）将其全部资产和负债转让给另一家现存或新设企业（以下称为合并企业），被合并企业股东换取合并企业的股权或非股权支付，实现两个或两个以上企业的依法合并。”

从资产收购的定义来看，59号文并没有规定转让企业必须进行清算解散。即是说，按照通常理解应当是转让企业（而不是转让企业的股东）取得了受让企业支付的对价，如果该对价包含股权支付部分，则转让企业将成为受让企业或其控股企业的股东。但在重组中，由于转让企业基本被受让企业全盘接收或

整体收购了，转让企业持有的资产除了持有的股权资产外，基本剩余的都是非实质经营性资产，这样的企业几乎没有实质性经营活动，它唯一的作用在于持有股份。因此，在实务中，转让企业通常还需要变更经营范围。从此意义上讲，美国联邦税法规定的 C 型重组[①]中，目标公司必须进行法定清算的规定更为合理。

如本书前述，企业合并在本质上属于合并企业和被合并企业之间的资产收购交易。事实上，如果在资产收购重组交易中，受让企业购买的是转让企业的全部资产和负债的话，并且在收购完成后，转让企业清算的话，则完全与企业合并没有区别。那么，59 号文为什么要分别规定资产收购和企业合并呢？笔者认为，其原因在于：

一是，资产收购可以适用于并非收购全部目标企业的资产的情形，但企业合并只能是收购目标企业的全部资产；

二是，资产收购可以适用于不承担任何债务或只承担部分债务的情形，当然也可以全部承担，但企业合并只能是承担目标企业的全部债务；

三是，资产收购后，59 号文并没有规定转让企业是否必须清算，即是说可以不清算，也可以清算。如果是前者，则转让企业成为受让企业的股东；如果是后者，则转让企业的股东成为受让企业的股东，但这时与企业合并有啥区别呢？事实是，如果是非全部净资产的收购时，转让企业分配的资产构成会与企业合并不同。因为此时，转让企业除了拥有受让企业支付的对价之外可能还有自身的剩余财产（未被收购财产）需要分配。但，从两者的交易上来对比分析，两者并没有实质区别，特别是收购全部净资产并且转让企业清算的情况下完全没有区别。

二、“实质经营性资产”及“投资资产”的理解和适用

4 号公告第五条定义：“……实质经营性资产，是指企业用于从事生产经营活动、与产生经营收入直接相关的资产，包括经营所用各类资产、企业拥有的商业信息和技术、经营活动产生的应收款项、投资资产等。”对于实质经营性资产定义中的其他资产并无争议，但什么是“投资资产”，是否包含企业对外的“长期股权投资”，4 号公告却没有更进一步的解释。

针对这个问题，目前理论界和实务界存在四种观点：

---

① 笔者注：所谓 C 型重组实质就是资本收购重组。意指，收购方仅仅使用其自身（或其控股母公司）全部或部分表决权股票交换目标公司几乎全部资产的重组交易。

观点一：投资资产不包含企业对外的长期股权投资（但包括债券投资等非股权证券投资），理由在于目标公司的资产全部是股权投资时可能导致资产收购与股权收购的竞合；

观点二：投资资产主要是指从事股权投资业务的企业，其股权投资资产转让收入属于征税范围，因此将这些资产列入实质经营性资产的范围；

观点三：投资资产包含企业的长期股权投资，并且没有“经营活动产生的…投资资产”的限制，这其实是4号公告表述上导致的歧义，即定义中的“、”前的“经营活动产生的”并不限定“投资资产”；

观点四：投资资产可以包含长期股权投资，但必须是“经营活动产生的…投资资产”，即是说必须是与生产经营活动有关的、所需要的股权投资。

笔者赞同上述的观点四。理由在于：对于观点一，资产收购与股权收购的竞合是很正常的现象，因为广义的资产概念就包括“权益性投资资产”或“股权投资资产”，这不能称其为排除长期股权投资的理由；对于观点二，这实质是仅仅针对从事股权投资业务的企业在解释，但针对其他主要经营活动并非股权投资的企业而言，它就应该是单独的股权投资资产；对于观点三，笔者认为应该是与企业生产经营活动有关的、所需要的股权投资。比如，X公司在某地从事啤酒生产和销售业务，它对外投资在另一地设立了一个从事啤酒生产的子公司Y公司，则X公司持有的Y公司股权被视为“经营活动产生的…投资资产”。再比如，企业为了投资回报而从事短期的股票投资活动，则属于交易性金融资产的范畴，严格地讲不属于“投资资产”。但在实务中，我们一般并没有区分这么细，一般也将类似的交易性金融资产纳入“投资资产”范畴。

三、“不改变重组资产原来的实质性经营活动”的理解和适用

根据59号文第五条、第六条规定，“企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动”。而4号公告第五条规定：“《通知》第一条第（四）项所称实质经营性资产，是指企业用于从事生产经营活动、与产生经营收入直接相关的资产，包括经营所用各类资产、企业拥有的商业信息和技术、经营活动产生的应收款项、投资资产等。”我们可以发现4号公告仅仅对什么是实质经营性资产进行了解释，并没有对什么是“企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动”进行解释。譬如，什么是“实质性经营活动”？什么是“改变”？59号文和4号公告都没有给出明确的解释和答案，这也成为实务中模糊的地带，会给纳税人事先的税务评估带来障碍和不确定性。主

要存在如下两个方面尚待完善：

问题一：没有明确什么是“改变”。譬如，当目标公司同时存在多个营业时，收购重组后，仅从事其中的部分营业，而出售或转移其他部分营业，是否构成“改变”？从事的部分营业是否有判断标准？

问题二：如果仅从事历史性营业的“重大”部分不构成“改变”的话，那么何为“重大”需要界定。

（一）何为“实质性经营活动”？

按照一般的理解，“实质性经营活动”是指，一个企业主要从事的经营活动或核心的经营活动，并且该经营活动系企业盈利的主要来源或在可预见的未来将成为企业盈利的主要来源，并且依据不同的行业、不同的企业，可能实质性经营活动将有不同的判断标准和结果，应当根据所有的事实和情况进行判断。另，实质性经营活动可能并不必然仅指生产、制造、销售等经营活动，也可能还包括采购、人力资源、财务、法务、信息系统、审计以及投融资等管理活动。正是鉴于经营活动的多样性、复杂性，因此59号文和4号公告并没有制定具体的判断标准或指引，留待税务机关根据具体情况进行判断。

（二）何为“改变”？

59号文只是原则规定不得“改变”，但并没有对什么是“改变”进行详细解释。如前所述，当目标公司同时存在多个营业时，收购重组后，仅从事其中的部分营业，而出售或转移其他部分营业，是否构成“改变”？从美国联邦税法来看，这个问题交给税务机关和司法机关根据具体情况来分析。但是，从实践来看，笔者总结出如下几个可以参考的因素：（1）被处置的营业是否是公司的主要营业或核心营业，是否是公司盈利的主要来源或在可预见的未来将成为企业盈利的主要来源；（2）被处置的营业占公司整体价值的比例以及与其他营业的相对比例；（3）被处置的营业是否仍然受整个关联公司集团控制等。让我们以下例来进行说明：

【例18－1】某啤酒集团资产并购案——是否构成“实质性经营活动改变”？

1. 假定X公司主要从事三个营业：啤酒业务、矿泉水业务、豆奶业务。这三个营业在价值上大体相等。2012年7月1日，X将矿泉水业务和豆奶业务出售给Y公司以换取现金。2012年12月31日，X将其剩余的所有资产转让给Z公司仅换取表决权Z股份。Z继续从事啤酒业务。

【解析】如果在美国联邦税法下，经营连续性要求满足。因为，经营连续性

仅要求Z继续X三个重大营业中的一个即可。但在我国税法下，这是一个颇具争议的问题。笔者认为，美国税法的立法目的在于税法并不能构成对企业重组交易的障碍，它具有鼓励企业并购重组的立法价值和取向，只要被保留的营业构成一个重大的部分即可。我国税法实践可以考虑借鉴美国税法的成例。

2. 基本事实同第1点，除了在2012年7月1日，X将三个营业都转移给Y公司，而Y公司在2012年12月31日，将其中的矿泉水业务、豆奶业务转移给其全资控股子公司W之外。

【解析】如果在美国联邦税法下，经营连续性要求满足。因为，被处置的营业依然在Y公司为控股母公司的关联公司集团控制中。但我国税法并没有类似的规定，但笔者认为从实质控制的角度考虑，这样的处置或转移并没有脱离收购公司的实际控制，因此并不违反经营连续性要求。

四、"受让企业收购的资产不低于转让企业全部资产的50%"的理解和适用

59号文和109号文规定"受让企业收购的资产不低于转让企业全部资产的50%"，在实务中，该规定导致了两个颇具争议的问题：

问题一：按照59号文和109号文的字面规定是"全部资产"的50%，而不是"全部净资产"的50%，但是，在实务中如何仅仅按照资产进行确定而不考虑与其相关联的负债，是否显得并不科学合理，有些学者主张应该按照净资产进行确定；

问题二：59号文并没有明确是按照转让企业全部资产账面价值的50%，还是全部资产公允价值的50%或者是计税基础的50%？在实务中，采取这三种方式进行计算的都有，但主要集中在前两种之争。

对于上述的问题一，笔者认为，从59号文有关承担负债属于非股权支付的规定以及本规定的字面描述来看，毫无疑问是指全部资产的50%，而不是净资产的50%。但正如前述，基于重组实践的考虑，可以按照"净资产"进行确定。首先，在收购实务中，资产往往都是与相关的债务一并转让的，而且依据有关增值税的13号公告的规定："纳税人在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人，不属于增值税的征税范围，其中涉及的货物转让，不征收增值税。"如果不包含负债（即将负债视为非股权支付），可以达成所得税上的免税重组，但是就不可能达成免增值税了；反之，亦然。所以，

笔者觉得按照“净资产”进行确定可以解决增值税、营业税等流转税与所得税的统一。其次，重组的作价一般都是在净资产的公允价值上进行确定的，作价时都考虑了与资产相关联的负债。最后，笔者认为，可以借鉴美国联邦税法的C型重组的有关要求，建立双重资产标准——总资产标准（美国为70%）和净资产标准（美国为90%）。譬如，59号文可以建立全部资产的50%和净资产的75%标准，这样可以同时兼顾负债因素的考虑。

于上述的问题二，笔者认为，按照公允价值计算是科学合理的。因为在重组交易中，重组各方通常是按照净资产的公允价值在商定交易对价，账面价值或计税基础都不能很准确地反映收购中实际收购净资产的公允价值是多少，只有公允价值能够反映，同时才能保证经营连续性规则的落实。还需要注意的是，不能因适用特殊性税务处理，就必然得出要按资产的账面价值来确定的结论。笔者的理解是，资产收购协商作价是按照资产的公允价值来确定的，不论是一般性税务或是特殊性税务处理皆是如此，这就决定了笔者的观点是按照资产的公允价值来确定。

但是，在实践中，有人认为“按照公允价值确认比例也有两个缺陷，一是在适用特殊性税务处理的资产收购中，由于被收购企业不确认所得，所以无需进行资产评估，如果对被收购资产比例按照公允价值确认，被收购企业必须对所有资产进行评估，才能得出是否符合被收购比例的结论，需要付出评估费用，加重了企业负担；二是公允价值容易被操纵，例如，被收购资产账面价值比例只有45%，可能通过评估的方式，不公允地将被收购资产评估为50%，从而达到符合特殊性税务处理的条件。”笔者对此有不同的观点：首先，在交易作价中，不论是否事先设计方案以满足特殊税务处理，往往都需要进行资产评估以确定支付的对价金额，这笔评估费用往往不能节省；其次，对于操纵评估的说法，对于目标公司而言，如果被收购资产账面价值只有45%的话，通过评估调整为50%，实质上是将被收购资产的公允市场价值的相对比例调高了，而剩余未被收购资产的公允市场价值的相对比例调低了。但是，从我国目前会计准则通常采取公允价值交易、调整、确认的规定来看，市场经济交易的基础必然会趋向于采取公允市场价值，从这个意义上来看，不能因为存在个别的评估操纵就否定采取公允市场价值进行交易定价的基本原则，而退回到采取账面价值的定价原则上。因此，笔者认为，国税局应当明确50%比例为全部资产公允价值的比例。

五、资产收购和股权收购竞合时的处理

在实务中，目标资产完全可能由非权益性投资资产和权益性投资资产组成，并且都可以构成实质性经营资产。但是，此时会存在资产收购和股权收购的竞合问题，特别是对于投资性公司而言，其实质经营性资产几乎就是投资性资产更是如此。但是，59 号文和 4 号公告并没有明确重组交易类型“竞合”时如何进行处理的问题。让我们对此进行分析：

在实务中，一个企业重组交易很可能同时符合多种重组类型的定义，那么我们如何进行税务处理呢？是按照某一种重组类型处理，或者可以按照任一种重组类型进行处理呢？是由税务机关来确定或是交给重组当事方自由选择呢？59 号文和 4 号公告并没有明确这个问题。

譬如，如下两例就是实务中出现重组类型竞合的情形：

情形一：假定，X 公司属于一个投资性公司，其从事的投资类型属于能源、矿山的投资，它旗下拥有多个从事该营业的子公司，除了这些资产之外，它几乎没有其他的实质经营性资产。在一个重组交易中，Y 公司计划收购这些子公司，Y 与 X 签署了一份《资产收购协议》，明确了收购的标的资产为 X 拥有的这些子公司的 100% 股权资产。可以发现，该交易既符合 59 号文所规定的资产收购重组的定义，也符合股权收购重组的定义；

情形二：假定，X 公司是从事运输的一个实体经营性公司，其从事的营业是货物运输业务。Y 公司计划收购 X 公司的全部资产和负债。Y 与 X 签署了一份《资产收购协议》，明确 Y 增发自身股份作为对价支付，X 在出售资产和负债之后将注销解散并将 Y 股份分配给其股东。可以发现，该交易既符合 59 号文所规定的资产收购重组的定义，也符合企业合并重组的定义。

那么，上述两个重组交易如何进行所得税税务处理呢？笔者以为，应该按照如下原则来进行处理：

第一，如果一个企业重组交易符合多种重组类型的定义和实质时，但其中一种重组类型可能导致避税行为的话，则重组当事方不得选择该重组类型，应当适用另一税收待遇较差的重组类型；

第二，当一个企业重组交易符合多种重组类型的定义和实质时，且各种重组类型的税收待遇一致时，如何选择重组类型应该交给重组当事方来进行选择。

六、子公司收购母公司资产时，母公司持有的子公司的“长期股权投资”资产是否计入转让企业全部资产

实践中，特别是一些上市公司控股集团内部的资产重组中，往往会出现子公司收购母公司拥有的资产（包括其持有的其他企业的长期股权投资）。按照59号文的规定，如果资产收购要适用特殊性税务处理，必须要满足“受让企业收购的资产不低于转让企业全部资产的50%”的要求。那么，这种资产收购重组在确定“转让企业全部资产”时是否需要考虑转让企业（母公司）持有的受让企业（子公司）的长期股权投资呢？59号文和4号公告并没有予以明确。实践中，无非存在如下两种处理观点：

观点一：按照59号文“受让企业收购的资产不低于转让企业全部资产的50%”字面描述的意思，被收购企业（母公司）的全部资产应当包含其对收购子公司的“投资资产”的部分。

观点二：被收购企业（母公司）的全部资产应当剔除其对收购子公司的“投资资产”的部分后的所有资产，包括对收购子公司之外的其他公司的“投资资产”。因此，从母公司角度来看，这部分“投资资产”对应的基础资产已经在收购子公司的控制之下并得以权益持续。

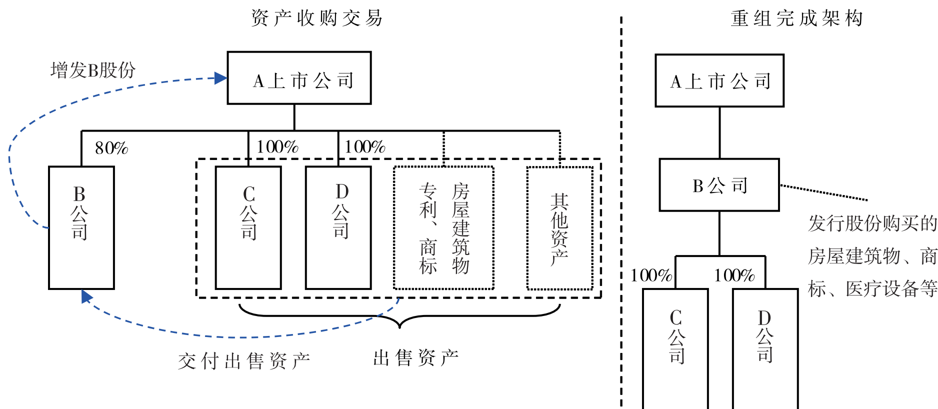
那么，到底如何处理呢？让我们先以如下来例子来展开讨论：

【例18-2】子公司收购母公司资产时，如何确定“转让企业全部资产”？

假定，A公司是在深交所的上市公司，其控股子公司B公司从事医疗器材的制造和销售业务，A公司持有80%的B公司股权，同时，A公司本身有一部分与医疗有关的专利和商标、房屋资产和部分医疗器械，并持有另两个全资子公司C公司和D公司，这两个公司也从事与B类似的业务。基于业务整合的原因，A公司计划将其与医疗有关的专利和商标、房屋资产和部分医疗器械（以下统称为“出售资产”）“打包”出售给B，B公司增发自身股权作为对价支付给A公司。在资产收购基准日，A公司合并报表层面出售资产总价值为5个亿，其中，专利和商标评估价0.8个亿，房屋资产评估价1个亿，C公司股权资产评估价1.2个亿，D公司股权资产评估价2个亿。同时，A公司持有的B公司股权资产在基准日评估价为2个亿。A公司合并报表层面资产总价值为11个亿。

问题：该交易是否满足资产收购特殊性税务处理“受让企业收购的资产不低于转让企业全部资产的50%”的要求？

【解析】在本案例中，A公司合并报表层面出售资产总价值为5个亿，资产总价值为11个亿。有关的资产收购架构图如下：



1. 按照上述观点一来处理，A 公司全部资产为 11 个亿，出售资产所占比例 =5/11 =45.45% <50%，不符合 59 号文特殊性税务处理的要求；

2. 按照上述观点二来处理，A 公司全部资产为 9 个亿（11 －2），出售资产所占比例 =5/9 =55.56% >50%，符合 59 号文特殊性税务处理的要求。

从上述例子可以看出，剔不剔除母公司对收购子公司的长期股权投资资产很可能将导致不同的税收待遇。那么，到底哪种观点更符合 59 号文的立法精神和宗旨呢？

笔者认为，不论是从 59 号文字面描述或是从母公司资产负债表来看，都似乎应当包含对收购子公司的“投资资产”的全部资产概念，并且应当以母公司的合并资产负债表的总资产为确定标准。但是，子公司收购母公司实质经营性资产又属于特殊的情形。因为，从母公司整体角度来看，母公司将其他实质经营性资产投入到收购子公司的行为如果要保证“经营连续”或“资产连续”的话，按照 59 号文的精神，只需要保证被收购资产（持有的收购子公司股权资产除外，因为其不能成为被收购的标的资产）占其他全部资产（即剔除收购子公司资产之外的全部资产）的 50% 即可，因为母公司对收购子公司的股权资产属于子公司发行在外的股权或股份，根据《公司法》的规定，一般情况下，公司不得持有自身股份，并且这部分资产对应的基础资产显然已经在收购子公司得以继续使用。如果将收购子公司的资产也纳入母公司全部资产的范畴，从经营连续性规则的要求来看，是否有点不尽合理？特别是母公司持有的收购子公司股权资产价值很大时，更是如此。同时，从母公司整体对集团保持控制来看，这属于典型的集团公司内部的资产重组行为，是否可以给予更宽松的税收政策，如果这些资产在脱离关联公司集团控制时，才予以纳税是否更为合理。当然，在国家税务总局明确这个问题之前，在实务中，笔者还是建议按照观点一进行

税务评估和筹划更稳妥。

七、上市公司重大资产置换及发行股份购买资产交易的税务处理问题

对于上市公司重大资产重组而言，最核心的部门规章毫无疑问是中国证监会颁布实施的《上市公司重大资产重组管理办法》（证监会令第 109 号，下称“《重组管理办法》”）。除此之外，还可能涉及《上市公司证券发行管理办法》（证监会第 30 号令，下称“《发行管理办法》”）、[①]《上市公司非公开发行股票实施细则》（证监发行字〔2007〕302 号，下称“《非公开发行实施细则》”）[②] 以及《上市公司收购管理办法》（证监会令第 108 号，下称“《收购管理办法》”）等。

根据《重组管理办法》第二条第一款的规定，《重组管理办法》适用于“上市公司及其控股或者控制的公司在日常经营活动之外购买、出售资产或者通过其他方式进行资产交易达到规定的比例，导致上市公司的主营业务、资产、收入发生重大变化的资产交易行为（以下简称重大资产重组）。”同时，该条第二款规定：“上市公司发行股份购买资产应当符合本办法的规定。”

从实践来看，上市公司通过资产置换及发行股份购买资产的重组交易非常普遍。那么，这样的交易从所得税税务处理视角来看又如何呢？笔者以一个上市公司案例来进行说明：

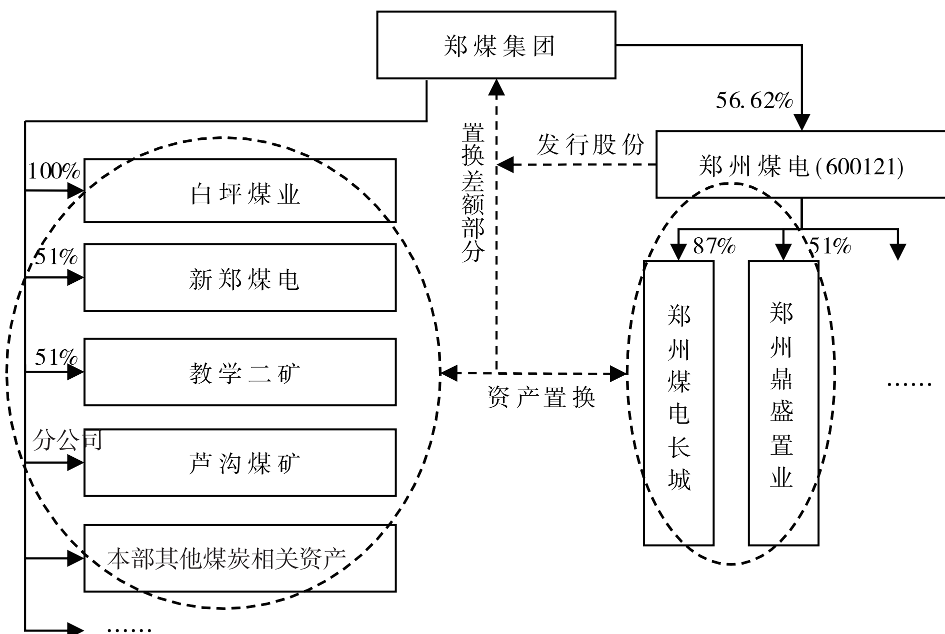
【例 18－3】郑州煤电股份（600121）与控股股东郑煤集团资产置换及发行股份购买资产——基于税务视角的思考

根据 2012 年 12 月 28 日郑州煤电股份有限公司（下称“郑州煤电”，600121）公布的《郑州煤电重大资产置换及发行股份购买资产暨关联交易实施情况报告书》，郑州煤电计划将房地产开发业务相关资产与郑州煤炭工业（集团）有限责任公司（下称“郑煤集团”）优质煤炭业务资产进行置换，资产置换差额由郑州煤电向郑煤集团定向发行股份作为对价支付；同时，郑州煤电向最多不超过九名投资者定向发行股份配套融资，募集资金拟用于提高公司重组项目的整合绩效和煤炭资产的技术改造等。有关重组方案的示意简图如下：

---

① 中国证券监督管理委员会令第 30 号，2006 年 5 月 6 日发布，2006 年 5 月 8 日起施行。

② 证监发行字［2007］302 号，2007 年 9 月 17 日发布并实施。该文被证监会令［第 73 号］所修订并于 2011 年 9 月 1 日重新发布施行。



1. 拟置入资产：本次交易郑煤集团拟置入郑州煤电的优质煤炭业务资产包括白坪煤业100%股权、新郑煤电51%股权、教学二矿51%股权、分公司芦沟煤矿及本部煤炭业务相关的部分资产及负债。截至2011年12月31日，拟置入资产评估值422,775.36万元；

根据《郑州煤电股份有限公司拟资产重组涉及的郑州煤炭工业（集团）有限责任公司部分资产及负债评估报告》（亚评报字［2012］27号），截至2011年12月31日，拟置入资产的资产总额为187,025.46万元，负债69,356.71万元，净资产117,668.75万元；评估值总资产为493,549.12万元，负债70,773.76万元，净资产422,775.36万元；总资产评估增值306,523.66万元，增值率为163.89%，净资产评估增值305,106.61万元，增值率为259.29%。上述评估结果已经河南省国资委备案。根据《重大资产置换及发行股份购买资产协议》，以评估值为基础，本次交易对拟置入资产最终作价为422,775.36万元。

2. 拟置出资产：本次交易郑州煤电拟置出的房地产开发业务相关资产为其持有的两家房地产开发公司的股权：煤电长城87%的股权、鼎盛置业51%的股权，以及公司对这两家公司的债权。截至2011年12月31日，拟置出资产评估值102,923.15万元；

根据《郑州煤电股份有限公司拟资产重组涉及的该公司部分债权及其持有

下属公司股权资产评估报告》（亚评报字［2012］28号），截至2011年12月31日，拟置出资产账面价值74,554.08万元，评估值102,923.15万元，评估增值28,369.08万元，增值率38.05%。根据《重大资产置换及发行股份购买资产协议》，以评估值为基础，本次交易对拟置出资产最终作价为102,923.15万元。

3. 资产置换差额以发行股份作为对价支付

经过上述资产置换后的差额319,852.21万元，由郑州煤电向郑煤集团定向发行股份作为对价支付，发行股份316,999,213股；

4. 配套融资

郑州煤电向不超过十名特定投资者定向发行股份不超过11,500万股，募集配套资金不超过10.12亿元，用于向白坪煤业增资、购置井下紧急避险系统和补充营运资金。

【评析】1. 资产置换和发行股份购买资产的法律定性

从该交易来看，系上市公司郑州煤电与其母公司郑煤集团之间的重大资产重组交易行为，包括如下两个部分：一是，“资产置换”交易；二是，发行股份购买资产。但从59号文的视角来看，可以视为上市公司郑州煤电（收购方）以“置出资产”（两个子公司股权）和增发的自身股份作为对价收购其母公司持有的标的资产（包括股权资产和非股权资产）的资产收购交易。

2. 资产置换和发行股份购买资产的所得税税务处理

（1）是否适用特殊性税务处理？

①郑州煤电股权支付比例如何确定呢？郑州煤电以持有的两个子公司的股权作为收购对价是否符合股东权益连续性规则呢？显然，根据我们前面专题讨论的结果，并不符合。但根据59号文和4号公告的规定，股权支付比例几乎等于100%（债权的价值很小）。

②在确定收购的标的资产的比例标准（50%）时，是否需要考虑郑州煤电持股（56.62%）郑州煤电的股权资产（作为“投资资产”对待）呢？基于前述第六部分的讨论，笔者认为，应该排除该项投资资产并在剩余资产范畴内来进行认定。

（2）特殊性税务处理

假定本交易满足特殊性税务处理的其他要件，则我们需要解决如下三个问题：

①郑煤集团取得的郑州煤电（收购方）增发的股份的计税基础如何确定？

②郑煤集团取得的煤电长城87%的股权、鼎盛置业51%的股权的计税基础

如何确定？

③郑州煤电（收购方）取得的白坪煤业100%股权、新郑煤电51%股权、教学二矿51%股权的计税基础如何确定？

笔者认为，根据59号文第六条第（三）项的规定，“转让企业取得受让企业股权的计税基础，以被转让资产的原有计税基础确定”、“受让企业取得转让企业资产的计税基础，以被转让资产的原有计税基础确定”。因此，郑煤集团取得的郑州煤电（收购方）增发的股份的计税基础以其置出资产的原有计税基础确定；郑煤集团取得的煤电长城87%的股权、鼎盛置业51%的股权的计税基础以该等股权资产的原有计税基础确定，但正如我们在前面分析的那样，按照59号文的规则，这样确定的计税基础将导致重组前后税负不相等的结果；郑州煤电（收购方）取得的白坪煤业100%股权、新郑煤电51%股权、教学二矿51%股权的计税基础以该等股权资产的原有计税基础确定。

专题 18：企业分立的税务疑难问题

内容概览

尽管59号文对企业分立重组的所得税处理进行了明确的规定，但在实践中，依然存在一些适用疑难和争议。在本专题中，笔者将集中介绍最主要的14个理论和实务疑难问题。本专题包含如下内容：

■ 企业分立重组交易架构和路径的理解和适用

■ 企业分立重组的三种类型及其涵义

■ 企业分立定义中“被分立企业股东换取分立企业的股权或非股权支付”的理解和适用

■ 企业分立中，什么时候会出现“非股权支付”以及由谁支付

■ 如何理解和适用企业分立特殊性税务处理中“不需要放弃‘旧股’”的规定

■ 如何理解和适用企业分立一般性税务处理中“被分立企业继续存在时，其股东取得的对价应视同被分立企业分配进行处理”

■ 企业分立中，纳入被分立企业股东的免税股息所得计算范畴的分立前形成的留存收益部分如何确定

■ 企业分立中，被分立企业确认的资产转让所得或损失而产生的留存收益是否纳入被分立企业股东的免税股息所得

■ 如何理解和适用企业分立特殊性税务处理要件中“按原持股比例”的要求

■ 如何理解和适用企业分立一般性税务处理中“企业分立相关企业的亏损不得相互结转弥补”

■ 如何理解和适用企业分立特殊性税务处理中“被分立企业未超过法定弥补期限的亏损额可按分立资产占全部资产的比例进行分配，由分立企业继续弥补”

■ 如何评价企业分立特殊性税务处理中“如不需放弃‘旧股’”时“新股”的计税基础的确定的规定

■ 中国法下，企业分立是否能够分离资产给现存企业，如何进行税务处理

■ 企业分立中，被分立企业存在自然人股东时的税务处理

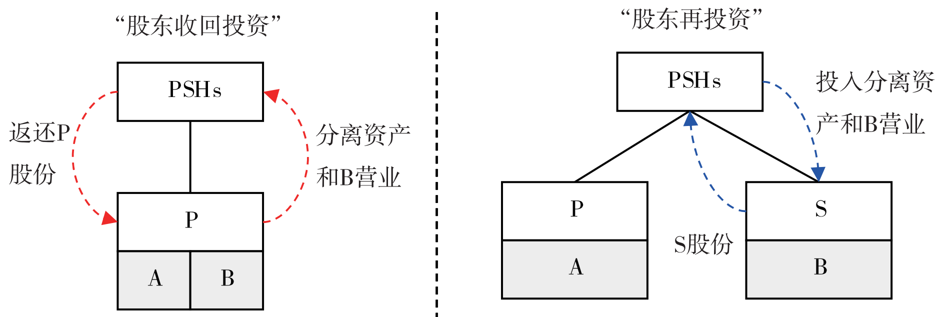
一、企业分立重组交易架构和路径的理解和适用

59号文第一条第（六）项对企业分立作出了定义："分立，是指一家企业（以下称为被分立企业）将部分或全部资产分离转让给现存或新设的企业（以下称为分立企业），被分立企业股东换取分立企业的股权或非股权支付，实现企业的依法分立。"但如何理解企业分立的交易架构和路径却是正确理解其企业所得税税务处理和适用的关键。按照一般法律理解，企业分立可以分解为如下两个交易路径：

交易路径一："股东收回投资＋股东再投资"。企业分立可拆分为股东收回投资和再投资两个税收行为。该观点将企业分立分解为如下两个交易：(1)"股东收回投资"交易行为：被分立企业将分离资产（包括股权资产和非股权资产）分配给其全部或部分股东，并交换收回该等股东持有的被分立企业的股权；(2)"股东再投资"交易行为：前述股东将分得的资产进行投资设立企业（即分立企业）。

上述路径分解可以用下图18－1来展示：

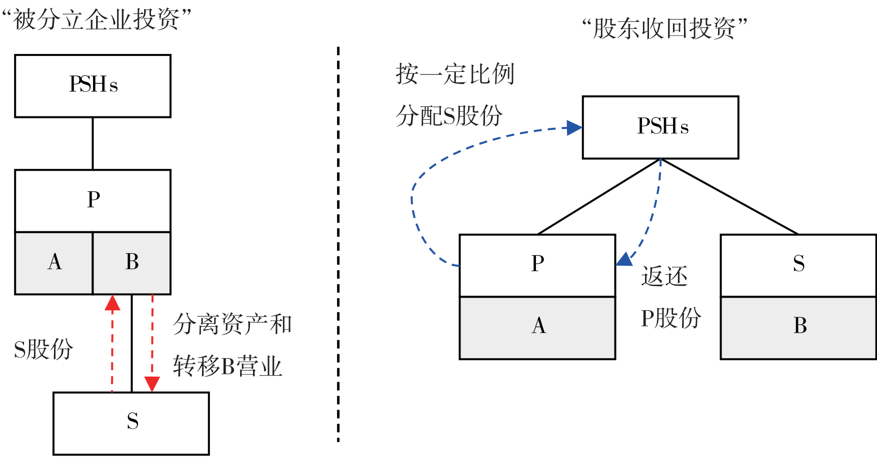
图18－1：企业分立交流路径分解——收回投资和再投资



交易路径二："被分立企业投资＋股东收回投资"。企业分立还可拆分为被分立企业用分离资产投资和对股东分配股权和非股权资产两个税收行为。该观点将企业分立分解为如下两个交易：(1)"被分立企业投资"交易行为：被分立企业用分离资产投资设立企业（即分立企业），并取得了分立企业的股权；(2)"股东收回投资"交易行为：被分立企业将持有的分立企业的股权资产分配给其全部或部分股东，并交换收回该等股东持有的被分立企业的股权。

上述路径分解可以用下图 18－2 来展示：

图 18－2：企业分立交流路径分解——投资和收回投资



我们可以发现，上述两个交易分解路径从最终结果来看，都可以达到企业分立的相同的结果，其税务处理后果也是一致的，并没有本质区别。让我们做进一步的详尽分析：

1. 交易路径一："股东收回投资＋再投资"

（1）"股东收回投资"交易

在该交易中，被分立企业分配分离资产时，根据股东属于企业法人股东和自然人股东而适用不同的税法规定。

①如果属于企业法人股东，则适用《国家税务总局关于企业所得税若干问题的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 34 号，下称"34 号公告"）第五条"投资企业撤回或减少投资的税务处理"规定："投资企业从被投资企业撤回或减少投资，其取得的资产中，相当于初始出资的部分，应确认为投资收回；相当于被投资企业累计未分配利润和累计盈余公积按减少实收资本比例计算的部分，应确认为股息所得；其余部分确认为投资资产转让所得。"前述规定表明，被分立企业分配相当于初始投资成本的部分视为首先回收股东股权的资本投入，即先用于冲抵所持股权的计税基础；相当于对应的累积盈余部分尽管构成股东总收入的一部分，但对于居民企业则免于征收所得税；超过股息所得部分视为股权转让所得。

因此，被分立企业向其股东分配分立企业股权的行为应被视为按照公允价值出售给股东，股东应当按照该股权的公允价值与其持有的被分立企业股权的

计税基础之间的差额计算实现的股权转让所得或损失（包含免予征税的股息性所得）。计算公式如下：

被分立企业股东实现的股权转让所得或损失 = 接收的分立企业股权的公允价值 – 持有的被分立企业股权计税基础

如果考虑免予征税的股息性所得的影响，则上述公式调整为：

被分立企业股东确认的股权转让所得或损失 = 接收的分立企业股权的公允价值 – 持有的被分立企业股权计税基础 – 按股权比例享有的被分立企业留存收益的部分

同时，对于被分立企业而言，如果分配的资产存在非货币性资产时，将视为转让或销售该等资产，并确认资产转让所得 = 被分立企业分离资产的公允价值 – 该等资产的计税基础，缴纳企业所得税。

②如果属于自然人股东，则适用《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告 2014 年第 67 号，下称“67 号公告”）和《国家税务总局关于个人终止投资经营收回款项征收个人所得税问题的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 41 号，下称“41 号公告”）的规定。67 号公告第三条规定：“本办法所称股权转让是指个人将股权转让给其他个人或法人的行为，包括以下情形：……（二）公司回购股权。”41 号公告第一条规定：“个人因各种原因终止投资、联营、经营合作等行为，从被投资企业或合作项目、被投资企业的其他投资者以及合作项目的经营合作人取得股权转让收入、违约金、补偿金、赔偿金及以其他名目收回的款项等，均属于个人所得税应税收入，应按照‘财产转让所得’项目适用的规定计算缴纳个人所得税。应纳税所得额的计算公式如下：

应纳税所得额 = 个人取得的股权转让收入、违约金、补偿金、赔偿金及以其他名目收回款项合计数 – 原实际出资额（投入额）及相关税费。”根据前述规定，自然人股东从被分立企业取得分离财产的行为视为终止收回投资的股权转让行为。

从上述规定可以看出，个人在“股东收回投资”交易行为中的税收后果是，视为个人股东向其投资的被分立企业转让了其持有的被分立企业股权（实质是被分立企业的股权回购），应税所得的计算公式如下：

被分立企业股东确认的股权转让所得或损失 = 被分立企业分离资产的公允价值 – 持有的被分立企业股权的计税基础

如果分离资产本身就是被分立企业的资产（譬如，固定资产、流动资产、土地使用权等）的话，个人股东将对该等资产的全部公允价值与其持有的被分立企业股权的计税基础之间的差额部分（所得）计算缴纳“财产转让所得”，

即股权转让所得并纳税。纳税之后，个人股东持有该等资产的计税基础等于该等资产的公允价值。同时，对于被分立企业而言，如果分配的资产属于非货币性资产的，将视为转让或销售该等资产，并确认资产转让所得 = 被分立企业分离资产的公允价值 - 该等资产的计税基础，缴纳企业所得税。

（2）“股东再投资”交易

在该交易中，股东将分配获得的该等资产投资设立分立企业，由于这个时候该等资产的公允价值等于其计税基础，因此该投资行为不会产生“财产转让所得”，不存在企业所得税或个人所得税。

2. 交易路径二：“被分立企业投资 + 股东收回投资”

（1）“被分立企业投资”交易

在该交易中，被分立企业将分离资产投资设立分立企业时，应当适用投资的税法规定。一般性税务处理时，可适用《财政部 国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税政策问题的通知》（财税［2014］116 号）；特殊性税务处理时，不适用财税［2014］116 号，应直接适用 59 号文的相关规定。前者应当视为被分立企业转让非货币性资产处理，并计缴企业所得税（后者可递延纳税）。即：

被分立企业确认资产转让所得 = 被分立企业分离资产的公允价值 - 该等资产的计税基础

纳税之后，被分立企业获得的分立企业的股权资产的计税基础等于分离资产的公允价值。

（2）“股东收回投资”交易

在该交易中，被分立企业将持有的分立企业的股权资产分配给其全部或部分股东，并交换收回该等股东持有的被分立企业的股权。与第一个交易路径中的“股东收回投资”类似，根据股东属于企业法人股东和自然人股东而适用不同的税法规定，不再赘述。唯一的区别在于，被分立企业分配的资产转换为分立企业的股权资产及分立补价。

综上所述，不论是采用“股东收回投资 + 再投资”交易路径或是“被分立企业投资 + 股东收回投资”交易路径，其公司法结果和税务结果都是一致的，并无本质区别，只不过是两种达到同一目的的交易路径分解而已。但是，我们在实务中，为了分配时处理便捷、可行（特别是同时存在法人股东和自然人股东时），一般采取后者来进行处理（也更契合 59 号文对企业分立的定义“被分立企业股东换取分立企业的股权或非股权支付”以及一般性税务处理规定中的

“被分立企业继续存在时，其股东取得的对价应视同被分立企业分配进行处理。”)，即视为被分立企业先投资设立分立企业再分配分立企业的股权的路径来处理。除非特别说明，本书将采用“被分立企业投资+股东收回投资”交易路径来展开讨论。

二、企业分立重组的三种类型及其涵义

按照英美公司分立的公司法原理和税法理论，企业分立从交易模式上看可以分为“让产分股式”分立（Spin Off）、“让产赎股式”分立（Spit Off）以及“股本分割式”分立（Split Up）三种。笔者将这三种类型总结如下表18－1：

表18－1：企业分立的三种类型及其比较

类型	涵义	交易架构及其比较
“让产分股式”分立（Spin Off）	“让产分股式”分立是指，被分立企业将其持有的已存在受控公司[1]的股份[2]，或将其拥有的某一营业或部分财产移转至新设立的受控公司而获得的该受控公司发行的股份按照其股东持有的股权比例分配给股东[3]，分配完毕后，被分立企业的股东成为分立企业的股东。	“让产分股式”分立可以分解为两个独立的交易行为：（a）被分立企业向下转移营业（或资产）设立新的受控公司或者向现有受控公司追加资本投入的行为；（b）被分立企业将收到的受控公司的股份按股权比例分配给其股东的行为。 “让产分股式”分立中，由于被分立企业的股东并没有放弃其持有的被分立企业的股权，因此，被分立企业的资本（股本）并不减少。
“让产赎股式”分立（Spit Off）	“让产分股式”分立是指，被分立企业将其持有的已存在受控公司的股份，或将其拥有的某一营业或部分财产移转至新设立的受控公司而获得的该受控公司发行的股份按照或不按照其股东持有的股权比例分配给全部或部分股东[4]，并同时收回股东持有的被分立企业的股份。分配完毕后，被分立企业的全部或部分股东成为分立企业的股东。	“让产赎股式”分立与“让产分股式”分立基本相同。除了如下两点区别：（a）被分立企业按照某个比率（并不一定是按被分立企业股东的股权比例）分配给其股东，而其股东须将自身所持有之被分立企业部分或全部股份作为对价返还于被分立企业；（b）被分立企业应就收回的自身股份办理减资。 “让产赎股式”分立中，被分立企业将其在受控公司中持有的股份分配给其部分或全部股东（但往往是部分股东）[6]，交换其持有的被分立企业股份，这也是它与“让产分股式”的本质区别。“让产分股式”分立完成后，被分立企业的股本没有变化，而“让产赎股式”分立完成后，被分立企业的资本（股本）将减少。

续 表

“股本分割式”分立（Split Up）	“股本分割式”分立，是指被分立企业将其全部之营业或资产作为资本投入到新设的数家企业，并获得该等新设企业的所有股份。随后，被分立企业清算解散，并于清算分配中将该等新设企业的股份按照被分立企业股东的持股比例或确定的其他比例分配给其股东⑤。	在“让产分股式”分立和“让产赎股式”分立中，在程序上，企业分立属于“两阶段”方式，而“股本分割式”分立在前两种类型分立的前两个阶段的基础上，还必须履行第三个阶段，即被分立企业须办理清算解散之程序，才能完成企业分立。 与“让产分股式”分立和“让产赎股式”分立最大的区别在于被分立企业将所有的营业都转移到新设企业并在分立完成后清算解散。

注：①此处的受控公司是指受控的子公司，与我国59号文和4号公告所规定的“控股企业”一样都是指本公司的下层公司；

②在中国公司法规下，公司分立并不能向已存在的公司进行分离资产和负债；

③从这个意义上说，台湾学者把它称为“比例分配型公司分立”，我国学者也有称为“标准公司分立”、“纯粹公司分立”。“让产分股式分立”的称谓也是来源于此。美国联邦税法则将其称为“Spin Off”；

④就此而言，台湾学者将它称为“股份偿还型公司分割”，我国学者也有称为“换股分立”。美国联邦税法则称为“Split Off”；

⑤就此而言，台湾学者将其称为“母公司清算型分立”，中国学者也称为“解散分立”。“股本分割型分立”的称谓就来源于此。美国联邦税法将其称为“Split Up”。

⑥因此，“Split Off”分立往往是“不成比例型分立”。

需要注意的是，上述企业分立的分类站在中国公司法规下，“让产分股式”分立（Spin Off）并不存在，我们将后文中详细分析这个问题。“让产赎股式”分立（Spit Off）则属于我国公司法下的存续分立。“股本分割式”分立（Split Up）则属于我国公司法下的新设分立或解散分立。在企业分立实务时尤其需要注意这一点。

三、企业分立定义中“被分立企业股东换取分立企业的股权或非股权支付”的理解和适用

根据第一部分我们对企业分立交易路径的讨论。按照企业分立的交易架构，被分立企业股东取得分立企业的股权或非股权支付实质是在被分立企业向其股份回购分配中“换取”的。但笔者认为在中国税法下使用“获得”或“取得”

更恰当。理由在于：在“让产赎股式”分立或“股本分割式”分立中，被分立企业的部分或全部股东将部分或全部地放弃其持有的被分立企业的股份，其实质是以持有的被分立企业股份“换取”了分立企业的股权或非股权支付，相当于减资或撤资处理。在这两种情形下，使用“换取”无疑是恰当的。但在“让产分股式”分立中，被分立企业的股东并未放弃任何其持有的被分立企业股份，它获得分立企业的股权或非股权支付是基于持有股份的企业分配而获得（股息性所得），何来“换取”？因此，笔者认为还是使用“获得”或“取得”更恰当。

四、企业分立中，什么情形下会出现“非股权支付”以及由谁支付

在第二部分中，我们实质上仅讨论了“换取分立企业的股权支付”的情形，并没有讨论什么情形下会出现“换取分立企业的非股权支付”以及该非股权支付由谁支付的问题。对此问题，笔者分向新设企业和现存企业分离资产两种情形进行分析：

（一）向新设企业分离资产一般不会出现非股权支付，同时分离负债的除外

正如对企业分立的交易架构分析的那样，不论是“让产分股式”分立、“让产赎股式”分立，还是“股本分割式”分立，如果属于向新设企业分立，则视为被分立企业将分离资产投入到分立企业（新设企业）并换取分立企业股份的交易，该交易实质是设立企业的交易，那么这个时候是否会涉及被分立企业股东换取非股权支付的情况呢？笔者以为一般不会出现。理由在于：一是，由于分立企业属于新设企业，被分立企业投入的资产（分离资产）直接换取了分立企业的股权，并不会出现非股权支付；二是，如果新设的分立企业在支付其自身股权的同时还支付非股权支付的话，实质相当于被分立企业投入的资产总额减少；三是，分立企业属于新设企业，除了发行自身股份之外，在成立时并不拥有任何财产。

因此，笔者认为在新设分立企业时，一般不会出现定义中所述的非股权支付的情形。为什么说一般不会出现呢？是因为59号文认为“承担债务”构成非股权支付，被分立企业同时分立资产和负债（净资产）给分立企业时，分立企业承继被分立的负债将构成非股权支付。此时，非股权支付支付的对象显然是分立企业。显然，欲进行免税分立的话，则分立的负债不能超过分立资产总额的15%，否则将无法满足特殊性税务处理的要求。如前所述，笔者还是赞同构成“业务”的资产和负债的分离中的负债并不视为非股权支付为妥，如果是这

样的话，在向新设企业分离资产时不会出现非股权支付。

（二）向现存企业分离资产可能会出现非股权支付

先抛开企业是否可以向现存企业分立的公司法律问题，对于被分立企业向现存企业分离资产时，是否可能出现非股权支付呢？笔者认为，答案是肯定的。理由在于：一是，被分立企业向现存企业分离资产时，分立企业已经存续，分立企业拥有除投入资产外的其他资产，可以用于非股权支付；二是，基于前述分析，为什么被分立企业不减少投资资产的总额而抵消掉非股权支付呢？笔者以为，在实务中可能因后述情形而发生，即现存企业拥有被分立企业或被分立企业的股东所需要的资产，而该资产对于现存企业而言用处不大或需要处置，或者被分立企业或被分立企业的股东同时还基于资产变现的考虑需要部分现金，这时为分立交易的实现和完成，现存企业可能会接受支付部分现金等非股权支付，或者现存企业现有股东不希望增发过多的股份以导致其控制权的稀释时，也可能会考虑支付部分非股权支付，特别是现存企业的资产总量小于或大体与接受的资产总量相当时更是如此。此时，非股权支付支付的对象显然是现存的分立企业。

（三）不成比例的企业分立可能会出现非股权支付

那么，除了上述情形外是否还存在其他非股权支付的情形呢？笔者认为，在“让产赎股式”分立以及“股本分割式”分立中，如果被分立企业进行的是不成比例的分配，或者说被分立企业的部分或全部股东部分或全部放弃了被分立企业的股份而换取了部分或全部分立企业的股份时，导致它们在分立前原在被分立企业享有的权益与分立后享有的权益出现差异，多享有权益的股东需要支付非股权对价用于“补差”。此时，非股权支付毫无疑问都是由多享有了权益的被分立企业的部分股东所支付。道理很简单，被分立企业的部分股东多取得了或享有了被分离资产就应当支付相应的对价，包括非股权支付对价。那么，在不成比例的“让产赎股式”分立或“股本分割式”式分立中，如何保证被分立企业原股东的权益不受损害呢？如前所述，这是由被分立企业分配收到的对价来进行的。

五、如何理解和适用企业分立特殊性税务处理中“不需要放弃‘旧股’”的规定

在“让产分股式”分立中，由于被分立企业的股东不放弃“旧股”，此时，被分立企业和分立企业的注册资本如何确定呢？在实务中，引起了极大的争议。

主要存在如下两种观点：

观点一：分立后存续企业和分立企业的注册资本之和不得高于分立前被分立企业的注册资本或保持一致；

观点二：应当按照企业分立类型区别对待。在“让产赎股式”分立和“股本分割式”分立中，分立企业的注册资本可以依据分立协议由各当事方自由确定，但分立后存续企业和分立企业的注册资本之和不得高于分立前被分立企业的注册资本。但在“让产分股式”分立中，被分立企业的股东不放弃“旧股”，则存续企业的注册资本保持不变，分立企业的注册资本属于新产生，但应当满足《公司法》及其他法规对企业注册资本的要求，即是说两者之和可以高于分立前被分立企业的注册资本。

为什么会存在前述两个观点呢？让我们先从我国的公司法规、规章的规定入手进行分析：

我国《公司法》没有对公司分立进行明确定义，也没有关于分立后存续公司和分立公司的注册资本如何确定的明确规定。《国家工商总局关于做好公司合并分立登记支持企业兼并重组的意见》（工商企字［2011］226号，下称“《意见》”）给出了答案，《意见》第二条第（二）项规定：“支持依法设立的内资公司按照本意见办理合并、分立登记。外商投资的公司分立，存续或者新设的公司属于内资公司的，可以参照有关法律、行政法规、规章和本意见办理登记”，《意见》第二条第（五）项规定：“支持公司自主约定注册资本数额……因分立而存续或者新设的公司，其注册资本、实收资本数额由分立决议或者决定约定，但分立后公司注册资本之和、实收资本之和不得高于分立前公司的注册资本、实收资本。”因此，对于内资公司分立而言，分立后公司注册资本之和不得高于分立前公司的注册资本，也就意味着，我国法律将内资公司的分立理解为资本（股本）的分割，并不得创设新的资本（股本）。同样，对于外商投资企业，依据《关于外商投资企业合并与分立的规定》（［1999］外经贸法发第395号，2015年修订）[①] 第十二条规定：“分立后公司的注册资本额，由分立前公司的最高权力机构，依照有关外商投资企业法律、法规和登记机关的有关规定确定，但分立后各公司的注册资本额之和应为分立前公司的注册资本额。”依据该规定，对于外商投资企业，明确要求分立后各公司的注册资本额之和应为分立前公司的注册资本额。

---

① 笔者注：《商务部关于修改部分规章和规范性文件的决定》（商务部令2015年第2号，自2015年10月28日起施行）对该文进行了最新修订，本书采用的文本为修订后的文本。

综上所述，不论是内资企业还是外商投资企业，我国的法律环境都不允许分立后公司注册资本之和高于分立前公司的注册资本，但显然并不禁止内资企业可以小于分立前公司的注册资本。

至此，似乎问题得到了解决，但却导致了一个新问题的产生——即，什么情况下会产生59号文第六条第（五）项第4目规定的“如不需放弃‘旧股’”？我们知道，在“让产分股式”分立中，被分立企业的股东不需要放弃原持有的股份（不放弃“旧股”），这是不是就意味着被分立企业的注册资本或股本并没有变化（不需要减资）？如果没有变化，那么，分立企业的注册资本或股本不得为零，这岂不导致分立完成后存续企业和分立企业注册资本或两者之和大于分立前的被分立企业的注册资本或股本？税务总局并没有对此作出任何明确的解释。笔者认为，观点一显然是我国《公司法》、《意见》以及［1999］外经贸法发第395号文所持观点。它们认为，企业分离既是被分立企业净资产的分立，也是净资产包含的被分立企业注册资本（股权）的分立，即是说企业的注册资本应当反映企业净资产的变化情况，才更有利于对公司的外部债权人的保护；观点二显然是会计学和税法学所持有的立场。它们认为，只要被分立企业分离出去的净资产没有超过未分配利润、盈余公积、资产公积之和，被分立企业就不需要进行减资，因为此时被分立企业剩余的净资产并不少于注册资本，对于外部债权人的保护并没有被削弱。

笔者认为，在中国法下，无疑观点一是强制性的规定，我们必须要遵守。那么59号文（事实上59号文的规定的“雏形”来源于国税发［2000］119号文）为什么这样规定呢？笔者以为，这可能是税务总局在借鉴外国税法（特别是美国税法）时并没有考虑我国公司法规的实际情况所导致，需要与工商总局、商务部协调解决冲突的问题。否则，必然在实务中就不可能发生“如不需放弃‘旧股’”的情形。

六、如何理解和适用企业分立一般性税务处理中“被分立企业继续存在时，其股东取得的对价应视同被分立企业分配进行处理”

在中国法下，不存在美国税法下的“不需要换股”的“Spin Off”，股东获得被分立企业分配财产时并不需要交回其持有的被分立企业的股份的情形。因此，中国法下的企业存续分立必然属于换股公司分立（相当于美国税法下的“Split Off”），被分立企业股东取得分配财产时需要交回其持有的被分立企业的股权，这实质就是被分立企业的股份回购行为，或者是被分立企业股东的减资

或撤资行为。所以，事实上59号文的规定仅仅使用“视同被分立企业分配进行处理”的描述来反映交易类型和实质并不恰当。这个时候，应该适用的是34号公告第五条或67号公告的规定。

我们知道，在中国法下，企业分配的来源仅仅限于留存收益部分，超过留存收益部分在税法上即视为收回投资（超过资本公积部分在公司法上就要做减资），要冲减股权的计税基础。在英美公司法下，由于它们施行的是授权资本制度（中国为法定资本制度），所以它们的公司分配可以来源于资本公积（溢价）账户，甚至来源于资本账户。所以，在英美税法下，公司分配的涵义与我国企业分配的涵义并不相同。

笔者认为，基于上述分析，建议59号文修订该规定为：

“被分立企业继续存在时，应视同被分立企业以减资方式分离资产，其股东取得分离资产应按《国家税务总局关于企业所得税若干问题的通知》（国家税务总局公告2011年第34号）第五条或《国家税务总局关于发布〈股权转让所得个人所得税管理办法（试行）〉的公告》（国家税务总局公告2014年第67号）的规定执行。

股东取得分立企业股权的计税基础以分离资产的公允价值为基础确定。”

让我们以如下示例来演示整个企业分立的税务处理。

【例18－1】 成比例分配的企业存续分立重组（一般性税务处理）

X公司注册资本1,000万元，股东A公司和B公司分别持有X公司60%和40%股权，A和B股权计税基础分为700万元和500万元。2010年6月X决定采用“让产赎股式”分立，分立成为X和Y两个公司（X注册资本减少500万元，Y注册资本登记为500万元），A和B在被分立企业和分立企业的股权比例保持不变。分立前X当年1—6月利润100万元（假定会计利润和应纳税所得额一致），2009年度发生亏损400万元，X分立前后资产负债情况如下（假定账面价值与计税基础一致）：

X公司	分立前账面价值	分立后账面价值	分立前公允价值
资产	5,000	3,000	6,500
负债	3,000	2,000	3,000
所有者权益	2,000	1,000	3,500
其中：累积盈余公积和未分配利润	800	500	

分立企业 Y 公司资产负债情况如下：

Y 公司	账面价值	公允价值
资产	2,000	2,600
负债	1,000	1,000
所有者权益	1,000	1,600

假设 X 还继续经营，此分立为“存续分立”，其他均符合特殊性税务处理条件。

【解析】如果重组方选择适用一般性税务处理，则：

1. 被分立企业 X 的会计和所得税处理

X 确认的资产和负债转让所得 =（2,600 - 2,000）+（1,000 - 1,000）= 600（万元），缴纳企业所得税 150 万元，导致税法上的留存收益增加 450 万元。X 留存的可弥补亏损为 400 万元。

有关会计处理如下：

借：负债类科目　　1,000

实收资本　　　　500（A 减少 300，B 减少 200）

资本公积　　　　200（A 减少 120，B 减少 80）

留存收益　　　　300（分离出去留存收益 300）

贷：资产类科目　　　　2,000

X 应在当期调增应纳税所得额 600 万元。

2. 被分立企业股东 A 和 B 的会计和所得税处理

（1）A 在分配中确认的所得 = 1,600 × 60% -（300 + 450）× 60%（股息性所得）- 700 × 50%[①]（计税基础）= 960 - 450 - 350 = 160（万元）

A 在存续的 X 公司股权的计税基础 = 700 - 350 = 350（万元）

A 在 Y 公司取得的新股权的计税基础 = 700 × 50%（分离股权的原计税基础）+ 160（A 确认的所得）+ 450（股息所得）= 960（万元）

有关会计处理如下：

借：长期股权投资——Y 公司　960

贷：长期股权投资——X 公司　　350

　投资收益　　　　　　　　610

因此，A 在当期应当调减应纳税所得额 450 万元（610 - 160）。

① 笔者注：此处采取了 50% 的比例对股权进行了分割是因为 X 公司做了 500 万元（50%）的减资。

（2）B 在分配中确认的所得 = 1,600 × 40% －（300 + 450）× 40%（股息性所得）－ 500 × 50%（计税基础）= 640 － 300 － 250 = 90（万元）

B 在存续的 X 公司股权的计税基础 = 500 － 250 = 250（万元）

B 在 Y 公司取得的新股权的计税基础 = 500 × 50%（分离股权的原计税基础）+ 90（B 确认的所得）+ 300（股息所得）= 640（万元）

有关会计处理如下：

借：长期股权投资——Y 公司　　640

贷：长期股权投资——X 公司　　250

　投资收益　　390

因此，B 在当期应当调减应纳税所得额 300 万元（390 － 90）。

故，A 和 B 在分立企业 Y 的股权的计税基础合计等于 1,600 万元，与被转让资产的公允价值 1,600 万元相等。这也得出一种间接的新股计税基础的计算方法，那就是用被转让资产的公允价值 1,600 万元乘以持股比例进行计算。比如，A 持有的 Y 股权的计税基础 = 1,600 × 60% = 960（万元）。

让我们再从另外一个角度（“内部”资产计税基础角度）来分析计税基础结果的正确性：站在 X 的角度，从资产和负债整体分立的角度来看，A 和 B 取得的 Y 股权的计税基础 = 1,000（被分立资产和负债的原计税基础）+ 600（X 确认的转让所得）= 1,600（万元）。让我们再从计税基础调整的角度（“外部”股权计税基础角度）分析，A 在分立中确认所得 160 万元，免税股息所得 450 万元，B 在分立中确认所得 90 万元，免税股息所得 300 万元，四者之和等于 1,000 万元，再加上 A 和 B 被分立出去的原股权计税基础 600 万元［（700 + 500）× 50%］，正好等于 1,600 万元。

（3）分立企业 Y 的所得税处理

Y 取得被分离资产的计税基础 = 2,600（万元）

Y 取得被分离负债的计税基础 = 1,000（万元）

Y 公司资产和负债的“内在”计税基础合计为 1,600 万元，与 A 和 B 取得的 Y 股权上的计税基础相吻合。

有关会计处理如下：

借：资产类科目　　2,600

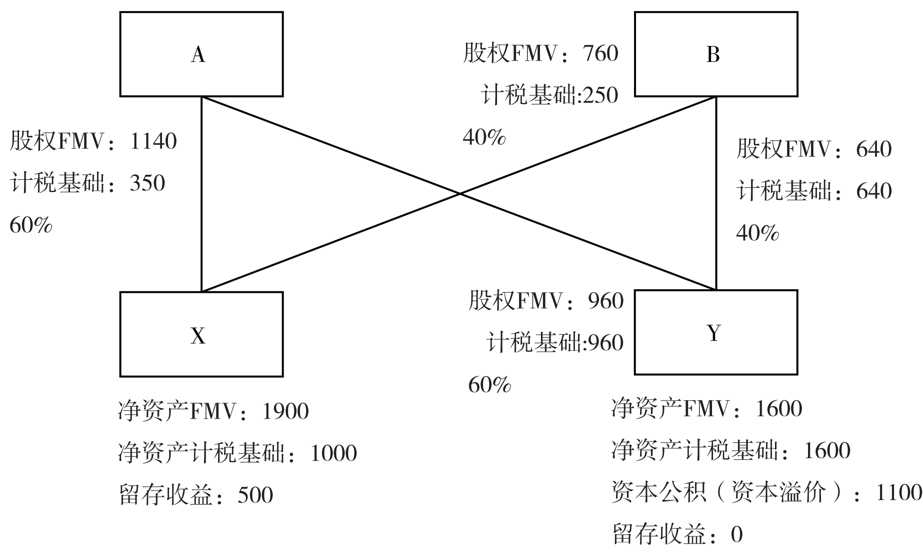
贷：负债类科目　　1,000

　实收资本——A　　300

　　　　——B　　200

　资本公积——资本溢价　　1,100

分立完成后，有关的架构图如下：



注：分立企业 Y 的留存收益为零，其原因在于在一般性税务处理中，股东 A 和 B 已经享受了股息免税待遇，所以净资产公允价值超过注册资本的部分进入资本公积（资本溢价）而没有进入留存收益，以避免 Y 以后分配中 A 和 B 重复享受股息免税待遇。

同样，我们可以得出 A 和 B 不分立而直接出售持有的原 X 股权的所得分别为 1,400 万元（3,500 ×60% －700）和 900 万元（3,500 ×40% －500）。

再按照上述分立后的上图分别计算出售股权的结果如下：

A 确认所得 = （1,140 －350） + （960 －960） +160 +450 =1,400（万元）

B 确认所得 = （760 －250） + （640 －640） +90 +300 =900（万元）

两者的结果是一样的。有关计算见下表：

	不进行分立直接转让股权			成比例分配分立后转让股权						分立确认所得	免税股息	所得合计
	X			X			Y					
	FMV	税基	所得	FMV	税基	所得	FMV	税基	所得			
A	3500 ×60% =2100	700	1400	1140	350	790	960	960	0	160	450	1400
B	3500 ×40% =1400	500	900	760	250	510	640	640	0	90	300	900

同时，从留存收益角度分析，X 尚余留存收益 500 万元（其中 A 可享受 300 万元，B 可享受 200 万元），在分立过程中，A 和 B 已经分别享受 180 万元和 120 万元（考虑分立中新产生的留存收益 450 万元的话，则分别为 450 万元和 300 万元）。Y 公司账面没有留存收益，因此，不会造成留存收益的重复享受。

七、企业分立中，纳入被分立企业股东的免税股息所得计算范畴的分立前形成的留存收益部分如何确定

在计算被分立企业分配时的留存收益金额时，是采用分立前的全部留存收益计算，还是采用事先确定的分离出去的留存收益进行计算呢？在这个问题上，笔者认为应该根据后述原则来进行处理：如果属于股东减资而非撤资的话，选择两种方式处理都可以；如果属于股东撤资的话，则只能采取前者的方式进行处理。有关意见如下：

1. 如前所述，在中国法下，企业分立应当视为被分立企业股东的减资或撤资处理。所以，其会计处理应该按照这样的顺序进行处理：被分立企业分配的财产总金额减去减少的注册资本部分，若不足的，按照资本公积（资本溢价）、留存收益的顺序进行冲减。由于被分立企业股东继续按照原持股比例持有存续企业的股权，继续保留对剩余的留存收益的权益，所以选择按照会计处理减少的留存收益金额参与计算免税股息所得是恰当的，这样与会计处理也保持一致；同时，分立企业的会计处理上，不确认留存收益，将投入的净资产金额（公允价值）全部计入实收资本（股本）和资本公积（资本溢价或股本溢价）处理，即视为一个新的企业纳税主体的开始，这样股东在分立企业也不会重复享受留存收益的免税待遇。

2. 在理论界还存在另外一种会计处理方式，即将分立企业的设立不视为一个投资行为而仅仅视为被分立企业整体上的资产分割处理。即按照账面价值对被分立企业的净资产进行分割即可——视为企业合并的“逆处理”。被分立企业分配时，将会计处理减少的留存收益计入分立企业的留存收益，股东可以在以后的分立企业分配中享受免税待遇，即视为原纳税主体的税收待遇在变化后的公司形态的延续。但是，在这种情形下处理时，毫无疑问将导致被分立企业股东在减资或撤资分配中不能享受股息免税的待遇，因为不如此将导致重复享受税收优惠待遇，但是这样处理将改变目前企业减资的税务处理方法。所以，笔者并不赞同该方法。

综上所述，尽管我国会计准则并没有规定企业分立的会计处理方法，笔者

认为，站在各股东减资分配时享受相应部分的免税股息待遇的角度，如果被分立企业股东继续在被分立企业享有权益的话，最好按照分离留存收益金额计算处理更好，这样可以保持与会计处理方法的一致性，可以避免这样的情况出现——即企业需要建立备查账簿对税法上的留存收益进行登记，在实践中增加操作成本，也容易出现错误。

3. 但是在如下两种股东撤资的情形下，笔者以为应该按照分立之前累计的留存收益总额进行计算处理：

（1）情形一：在不成比例的“让产赎股式”分立中，即部分被分立企业股东完全放弃原持有股权而只持有分立企业股权，部分被分立企业股东仅持有被分立企业股权时，对于完全放弃原持有股权而只持有分立企业股权的股东的撤资行为；

（2）情形二：在“股本分割式”分立中，被分立企业的股东的撤资行为。

对于上述两种撤资行为，由于被分立企业的股东在被分立企业的投资权益完全消亡，所以需要按照分立之前累计的留存收益总额进行计算处理，这与继续保留在存续企业的投资权益的情形并不相同。

八、企业分立中，被分立企业确认的资产转让所得或损失而产生的留存收益是否纳入被分立企业股东的免税股息所得

在确定被分立企业的累积盈余公积和未分配利润时是否考虑其在分立中在税法上确认的所得而增加的留存收益，或者说“累积盈余”的计算确认问题。如果考虑这部分所得，通过上述方法计算出来的结果也不会破坏计税基础的连续，但带来的结果是被分立企业的股东可能的实际确认的所得或损失的减少或增加。但笔者认为应当考虑，理由如下：

其一，这部分所得尽管只是税法上的所得，在会计上和实际交易上（企业分立只有被分立资产和负债对应的股权的分立，并没有实际的资产和负债的转让行为）并没有真正实现，但计算资产的变现价值时也是采用的税法上的视同转让而实现的价值；

其二，这部分所得尽管不属于分立之前累积形成的“免税”股息性所得，但是计算缴纳了企业所得税，也属于分立之时形成的“免税”股息性所得；

其三，在企业分立中，分立企业的账务处理中，投入净资产的公允价值超过其注册资本的部分全部计入了资本公积（资本溢价）部分，不存在留存收益。因为被分立企业的股东在分配中已经享受了分离出去部分或分配中产生的留存

收益部分的股息免税待遇，不会造成重复征税。

九、如何理解和适用企业分立特殊性税务处理要件中“按原持股比例”的要求

“按原持股比例”的要求意味着被分立企业分配时必须按照股东的股权比例进行分配，不得进行“不成比例的分配”。所谓“不成比例的分配”是指，如果一个企业的分配导致某些股东收到财产（现金或其他财产），并且其他股东在企业资产或盈利中的一个权益比例的增加的话，这违背了股息分配不应导致所有权比例变化的一般原理，因此该分配应当被视为一个财产分配。实质上，“不成比例的分配”可以被视同为权益比例增加的股东接受了其他股东的股权转让并支付了对价。

笔者以为，59 号文之所以将“不成比例的分配”排除在外的理由在于它将不成比例的分立交易分解为两个独立的交易，即：成比例的分立交易和股东之间的“新股”转让交易，在股权转让中实际上已经有所得或损失的实现。也许，有人会提出一个观点，那就是，既然 59 号文允许“被分立企业股东在该企业分立发生时取得的股权支付金额不低于其交易支付总额的 85%”，那么，为何不将“不成比例”的部分分配视同非股权支付合并计算一并考虑呢？笔者以为不可以，理由在于：一是，该视同非股权支付是由被分立企业的股东投入并分配支付给被分立企业股东而不是分立企业直接支付，不能混为一谈；二是，如果允许这样，重组方完全可以通过这种方式将一个应税股权转让“包装”为一个“免税企业分立”。

十、如何理解和适用企业分立一般性税务处理中“企业分立相关企业的亏损不得相互结转弥补”

59 号文第四条第（四）项第 5 目规定：“企业分立相关企业的亏损不得相互结转弥补。”那么，如何理解这条规定呢？笔者以为，该规定实际蕴含着如下两层涵义：

一是，在存续分立中，原被分立企业的亏损不得结转到分立企业使用。存续企业可以按照保留资产的公允价值占原被分立企业资产的公允价值的比例计算可以弥补的亏损限额，但原亏损额与前述可弥补亏损限额之间的差额不得由分立企业进行弥补使用。税法原理在于，按照 59 号文第四条第（四）项第 3 目规定：“被分立企业继续存在时，其股东取得的对价应视同被分立企业分配进行处理。”因此，被分配的净资产内含的增值/贬值已经实现，并且亏损已经在分配中进行了弥补（净资产分配）。计算公式如下：

某一纳税年度可弥补原被分立企业分立前亏损的所得额 = 存续企业某一纳

税年度未弥补亏损前的所得额×（存续企业净资产公允价值÷分立前被分立企业全部净资产公允价值）

同时，我们还需要注意两点：一是，分立企业接受的亏损不得结转到存续企业进行弥补；二是，各分立企业之间的亏损也不得相互结转弥补。这即是所谓的不得“相互”结转弥补。

【例 18－2】 存续分立下的被分立企业的亏损弥补

假定 X 公司存续分立为 X 公司和 Y 公司两家公司。X 分立前净资产公允价值为 50,000 万元，2011 年应纳税所得额为 1,000 万元，当年为两免三减半优惠第一年，2012 年 1 月 1 日分立出 Y，分立净资产公允价值为 20,000 万元，当年存续 X 应纳税所得额为 1,000 万，Y 应纳税所得额为 600 万。X 公司 2011 年度符合弥补年限规定的亏损为 1,000 万元。

【解析】 分立后的存续 X 公司可弥补的亏损限额＝1,000×30,000/50,000＝600（万元），可以在规定年限内由存续 X 公司继续弥补，但分立企业 Y 公司不允许弥补余下的 400 万元。

二是，在解散分立中，由于被分立企业视同清算处理，因此被分立企业亏损不得由新设分立企业弥补。同样，分立企业之间不得相互结转弥补亏损。

十一、如何理解和适用企业分立特殊性税务处理中“被分立企业未超过法定弥补期限的亏损额可按分立资产占全部资产的比例进行分配，由分立企业继续弥补”

59 号文第六条第（五）项第 3 目规定：“被分立企业未超过法定弥补期限的亏损额可按分立资产占全部资产的比例进行分配，由分立企业继续弥补。”该规定意味着，在存续分立中，存续企业和分立企业之间的亏损按分立资产的公允价值的比例进行分配。在解散分立中，各分立企业按照各自的分立资产的公允价值的比例分配被分立企业的亏损。

【例 18－3】 特殊性税务处理下的亏损弥补

沿用【例 18－2】的资料。假定分立符合特殊性税务处理的要求。

【解析】 存续的 X 和新设的 Y 之间各自分配亏损为 1,000×30,000/50,000＝600（万元）和 1,000×20,000/50,000＝400（万元）。

十二、如何评价企业分立特殊性税务处理中“如不需放弃‘旧股’”时“新股”的计税基础的确定的规定

如前所述，在中国法下，被分立企业进行分立时，被分立企业必然会进行

减资，即是说必然伴随“旧股”的部分或全部放弃，所以美国法上的“让产分股式”分立（“Spin Off”）在中国法下并不存在。因此，相应的59号文第六条第（五）项第4目的有关“新股”计税基础的确定的规定显然需要作出修订。修订建议如下：

目前的规定	建议修订后的规定
被分立企业的股东取得分立企业的股权（以下简称“新股”），如需部分或全部放弃原持有的被分立企业的股权（以下简称“旧股”），“新股”的计税基础应以放弃“旧股”的计税基础确定。如不需放弃“旧股”，则其取得“新股”的计税基础可从以下两种方法中选择确定：直接将“新股”的计税基础确定为零；或者以被分立企业分立出去的净资产占被分立企业全部净资产的比例先调减原持有的“旧股”的计税基础，再将调减的计税基础平均分配到“新股”上。	被分立企业的股东取得分立企业的股权（以下简称“新股”）的计税基础应以其部分或全部放弃原持有的被分立企业的股权（以下简称“旧股”）的计税基础确定。“新股”的计税基础的确定方法为：以被分立企业分立出去的净资产占被分立企业全部净资产的比例先调减原持有的“旧股”的计税基础，再将调减的计税基础平均分配到“新股”上。

十三、中国法下，企业分立是否分离资产给现存企业，如何进行税务处理

笔者以为，在目前我国的公司法规、规章的规定下，还不能一步实现对现存公司进行资产分立，理由如下：我国《公司法》并没有对公司分立作出明确的定义，对于外商投资企业而言，这样的分立形式不被允许。根据《关于外商投资企业合并与分立的规定》（［1999］外经贸法发第395号，2015年修订）第四条：“存续分立，是指一个公司分离成两个以上公司，本公司继续存在并设立一个以上新的公司。”因此，外商投资企业的存续分立只允许向新设立的公司分立资产，而不得向现存的公司分立。《意见》给出了内资公司的答案，《意见》第二条第（一）项规定：“公司分立可以采取两种形式：一种是存续分立，指一个公司分出一个或者一个以上新公司，原公司存续；另一种是解散分立，指一个公司分为两个或者两个以上新公司，原公司解散。”《意见》第二条第（二）项规定：“支持依法设立的内资公司按照本意见办理合并、分立登记。外商投资的公司分立，存续或者新设的公司属于内资公司的，可以参照有关法律、行政法规、规章和本意见办理登记。”从《意见》的规定来看，工商总局、商务部依然坚持不得向现存企业分立的观点。

在实践中，这样的分立形式相当于“分立合并”，可以采取两步骤交易的方式予以完成：首先做一个免税企业分立，然后再做一个免税企业合并就可以达到目的。当然在进行交易规划时，在税法上一定要考虑交易时间等因素的影响。

需要注意的是，向现存企业的分立不能被视为59号文中规定的资产收购重组交易，即视为被分立企业（实质为资产转让方）将资产转让给分立企业（实质为资产收购方），分立企业支付的对价为自身的股份和非股权支付。因为，在资产收购交易中，被分立企业成为了资产收购方的股东而不是被分立企业的股东成为了资产收购方的股东。如果被分立企业随后再清算解散或将持有的资产收购方股份进行分配的话，被分立企业的股东依然可以成为资产收购方的股东，但这个时候，对于清算解散而言，已经丧失了最初分立的商业目的了（因为被分立企业拥有的资产已经被分配并终止经营了）；对于被分立企业分配资产收购方股份而言，这时将面临企业分配的税法规则约束，也可能带来分配的税收。同时，我们知道在资产收购交易中，作为资产收购方的分立企业必须是已存续企业，但是如前所述，在中国法下这显然是不可能的。

至于有关税务处理与新设分立企业类似，读者可以参阅【例18－1】，不再赘述。

十四、企业分立中，被分立企业存在自然人股东时的税务处理

如本书“专题10：企业重组税制的基础理论与实践”中48号公告有关重组当事方的新规定所述，“上述重组交易中，股权收购中转让方、合并中被合并企业股东和分立中被分立企业股东，可以是自然人”和“当事各方中的自然人应按个人所得税的相关规定进行税务处理”。如果在分立重组中，被分立股东中存在自然人股东时如何进行税务处理呢？笔者以如下例子来进行说明：

【例18－4】企业分立中，被分立企业存在自然人股东时的税务处理

假定，X公司注册资本1,000万元，两个股东A公司和B个人分别持有X公司60%和40%股权，A和B股权计税基础分别为600万元和400万元。2014年6月，X公司决定进行企业分立，分立成为X（注册资本600万元，分立中减资400万元）和Y两个公司（注册资本400万元）。分立后，A持有存续的X公司100%股权，不持有Y任何股权；B不持有任何的X股权，持有Y增发的所有Y股权。同时，X还将A支付的400万元现金分配给B。X公司分立前后资产负债情况如下表（假定账面价值与计税基础一致）：

X 公司	分立前账面价值	分立前公允价值	分立后账面价值	分立后公允价值
资产	5,000	6,500	3,400	4,500
负债	3,000	3,000	2,000	2,000
所有者权益	2,000	3,500	1,400	2,500
其中：累积盈余公积和未分配利润	800		600	

分立公司 Y 的资产负债情况如下：

Y 公司	账面价值	公允价值
资产	1,600	2,000
负债	1,000	1,000
所有者权益	600	1,000

假设 X 和 Y 在分立前后均不改变原来的实质经营活动，此分立为“存续分立”。

【解析】 一、让我们先从公司法规和会计法规进行分析：

在企业存续分立前，A 持有的 X 公司的权益总额 = 3,500 × 60% = 2,100（万元），B 持有的 X 公司的权益总额 = 3,500 × 40% = 1,400（万元）；分立后，A 持有的 X 公司的权益总额 = 2,500 × 100% = 2,500（万元），B 持有的 Y 公司的权益总额 = 1,000 × 100% = 1,000（万元）。我们可以发现，分立后，A 多享有了 400 万的权益（2,500 − 2,100），而 B 少享有了 400 万的权益（1,400 − 1,000）。所以，在企业分立中，A 将支付补价 400 万元现金给 B。

同时，在企业分立中，X 公司决定将原账面价值 800 万的留存收益中的 200 万分离出去。

被分立企业 X 有关会计处理如下：

借：负债类科目　　1,000

实收资本　　400（其中 A 减少 240，B 减少 160）

留存收益　　200（分离出去的留存收益 200）

贷：资产类科目　　1,600

二、税务处理分析：

该企业分立交易属于存续分立中的不成比例的“让产赎股式”分立，按照 59 号文的规定，只能适用一般性税务处理。

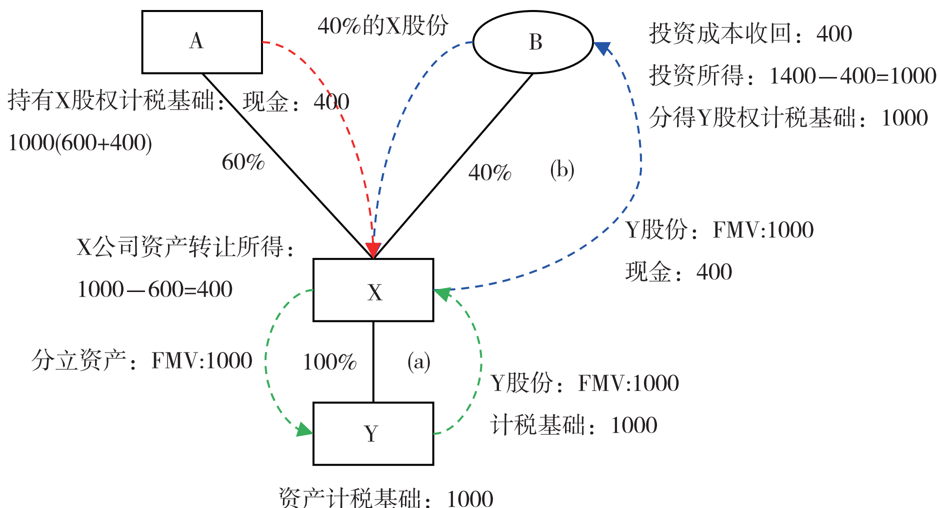
1. 被分立企业 X 的所得税处理如下：X 在分立中视为用公允价值 1,000 万元（账面价值 600 万元）的分离净资产投资设立一个全资子公司 Y，并取得了公允价值 1,000 万元的 Y 股权（计税基础也为 1,000 万元）。在投资过程中，X 确认的资产和负债转让所得 =（2,000 - 1,600）+（1,000 - 1,000）= 400（万元），缴纳所得税 100 万元，产生税法上的留存收益 300 万元。

2. 被分立企业股东 A 和 B 的所得税处理：

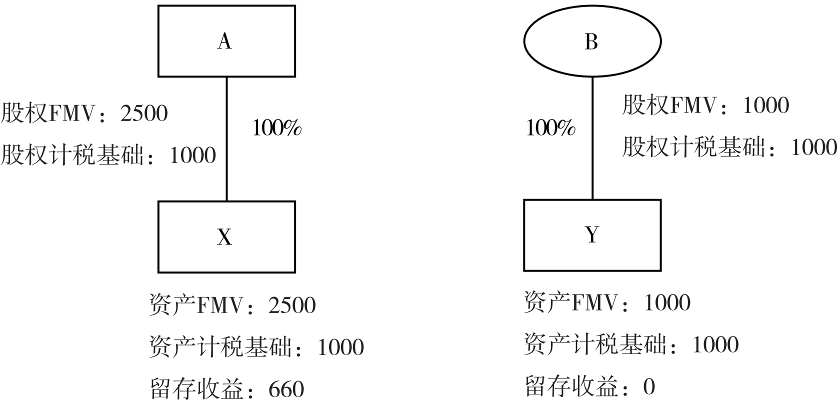
（1）在 X 分配中，A 未收到任何分配金额。因此，A 不确认任何股息所得，也不冲减原持有股权的计税基础以及确认任何股权转让所得或损失。因此，A 持有的 X 股权的计税基础为 1,000 万元（600 + 400，此处的 400 为支付的补价，视为 A 投入 400 万给 X，X 在分配中将该 400 分配给 B），X 还保留 660 万元［（800 + 300）×60%］的留存收益。

（2）在 X 分配中，B 分得 1,400 万元分配金额（Y 股权的公允价值 1,000 万元和 400 万元现金），视为股权转让收入。按照 67 号公告的规定，B 确认所得 = 1,400 - 400 = 1,000（万元）。其中，包含了 440 万元［（800 + 300）×40%］的股息性所得。B 取得 Y 股权的计税基础为 1,000 万元（600 + 400），Y 的留存收益为零。

有关分配交易架构图如下：



分立完成后，有关的架构图如下：



从股权的计税基础角度来进行分析验证上述税务处理的正确性。如果A按公允价值2,500万元出售其持有的X的100%股权，将确认股权转让所得=2,500－1,000=1,500（万元）（即甲在存续X公司的股权转让所得），与不进行企业分立而直接出售原持有的X股权的所得=3,500×60%－600=1,500万元相等。同样，如果B按公允价值1,000万元出售其持有的Y股权，将确认股权转让所得=1,000－1,000=0（万元），加上在企业分立中确认的所得1,000万元，与不进行企业分立而直接出售原持有的X股权的所得=3,500×40%－400=1,000万元相等。有关计算见下表：

	不进行分立直接转让股权			不成比例分配分立后转让股权						分立确认所得	免税股息	所得合计
	X			X			Y					
	FMV	税基	所得	FMV	税基	所得	FMV	税基	所得			
A	3500×60%=2100	600	1500	2500	1000	1500	——	——	——	0	0	1500
B	3500×40%=1400	400	1000	——	——	——	1000	1000	0	1000	0	1000

专题 19：企业债务重组的税务疑难问题

内容概览

尽管59 号文对企业债务重组的所得税处理进行了明确的规定，但在实践中，依然存在一些适用疑难和争议。在本专题中，笔者将集中介绍最主要的 11 个理论和实务疑难问题。本专题包含如下内容：

■ 59 号文有关债务重组的规定与 2010 年第 19 号公告的适用

■ 企业债务重组如何适用 59 号文第五条规定的特殊性税务处理的五项条件

■ 59 号文有关债务重组特殊性税务处理规定的内容与适用框架

■ 企业债务重组确认的“应纳税所得额”是否包含非货币性资产转让的所得或损失

■ 企业债务重组确认的“应纳税所得额”是否仅包含非股权支付部分应确认的应纳税所得额

■ 企业债务重组中，非股权支付应确认的债务重组所得或损失如何计算

■ 关联企业之间的债务重组的税务处理

■ 不满足 59 号文定义的债务重组的财税处理

■ “债转股”适用特殊性税务处理时，债务人和债权人暂不确认的所得或损失如何递延确认

■ 自然人与企业之间的债务重组如何进行税务处理

■ 上市公司间接债务重组如何进行所得税税务处理

一、59 号文有关债务重组的规定与 2010 年第 19 号公告的适用

国家税务总局在 2010 年 10 月 27 日颁布实施了《关于企业取得财产转让等所得企业所得税处理问题的公告》（国家税务总局公告 2010 年第 19 号，下称“19 号公告”），19 号公告第一条规定：“企业取得财产（包括各类资产、股权、债权等）转让收入、债务重组收入、接受捐赠收入、无法偿付的应付款收入等，不论是以货币形式、还是非货币形式体现，除另有规定外，均应一次性计入确

认收入的年度计算缴纳企业所得税。”而59号文第六条第（一）项规定：“企业债务重组确认的应纳税所得额占该企业当年应纳税所得额50%以上，可以在5个纳税年度的期间内，均匀计入各年度的应纳税所得额。”似乎这两个文件对债务重组收入的规定存在冲突的地方？需要注意的是19号公告的规定有一个例外情形——“除另有规定外”，那么，59号文的规定是否属于另有规定呢？这需要从两个文件的法律效力层面进行分析。根据《关于印发〈全国税务机关公文处理办法〉的通知》（国税发［2012］92号，下称“92号文”）第十七条的规定：“通知，适用于发布、传达要求下级机关执行和有关单位周知或者执行的事项，批转、转发公文。”第十四条规定：“公告，适用于向国内外宣布重要事项或者法定事项。税务机关应当依照有关法律、法规、规章向国内外公布税收规范性文件和其他重要税收事项……”同时，59号文制定的上位法依据是《企业所得税法》第二十条和《企业所得税法实施条例》第七十五条，一个是基本法律，一个是行政法规，因此，59号文属于部门规章层面，而92号文系公告，属于税收规范性文件。按照《税收规范性文件制定管理办法》（国家税务总局令第20号）第二条的规定：“本办法所称税收规范性文件，是指县以上（含本级）税务机关依照法定职权和规定程序制定并公布的，规定纳税人、扣缴义务人及其他税务行政相对人（以下简称税务行政相对人）权利、义务，在本辖区内具有普遍约束力并反复适用的文件。国家税务总局制定的税务部门规章，不属于本办法所称的税收规范性文件。”第四条规定：“制定税收规范性文件，应当符合法律、法规、规章及上级税收规范性文件的规定，坚持公开、统一、效能的原则，并遵循本办法规定的制定规则和制定程序。”因此，19号公告的法律效力显然低于59号文。如果企业债务重组符合59号文规定的债务重组的话，则59号文属于“特别法”将优先适用，而不得适用19号公告的规定。那么19号公告规定的“债务重组收入”又是指什么呢？笔者以为存在如下两种情形：一是，指59号文所定义的债务重组之外的债务重组收入。譬如，债务人并没有发生“财务困难”，但债权人“就其债务人的债务作出让步”的债务重组时，将适用19号公告的规定；二是，指符合59号文所定义的债务重组，但不符合59号文所规定的特殊性税务处理的债务重组（一般性税务处理），从这种情形看，19号公告与59号文并没有冲突，保持了一致。

二、企业债务重组如何适用59号文第五条规定的特殊性税务处理的五项条件

在59号文出台之后，对于其第五条规定的特殊性税务处理需要同时遵循的五个条件在企业债务重组时如何适用的问题就引发了争议——59号文第五条规定的是“企业重组同时符合下列条件的，适用特殊性税务处理规定”。但对于债务重组而言，很多条件显然并不具有适用性。譬如，对于第（二）项“被收购、合并或分立部分的资产或股权比例符合本通知规定的比例”显然不适用于债务重组，而且59号文第六条亦没有相应比例的规定；对于第（三）项“企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动”，显然债务重组也不存在所谓的“重组资产”，这里的“重组资产”仅仅适用于资产收购、企业合并或分立；对于第（四）项“重组交易对价中涉及股权支付金额符合本通知规定比例”，但59号文第六条并没有针对债务重组股权支付比例的规定；对于第（五）项“企业重组中取得股权支付的原主要股东，在重组后连续12个月内，不得转让所取得的股权”，显然仅仅适用于“债转股”而不适用于其他债务重组。

2015年颁布的48号公告附表《企业重组所得税特殊性税务处理报告表》（下称“《报告表》”）澄清了各重组类型分别适用59号文第五条特殊性税务处理条件的问题。《报告表》“填表说明”第2点规定：“‘特殊性税务处理条件’，债务重组中重组所得超50%的，只需填写条件（一），债转股的，只需填写条件（一）和（五）；合并中同一控制下且不需要支付对价的合并，只需填写条件（一）、（二）、（三）和（五）。”

【疑难问题19－1】48号公告规定，“债转股”需要满足59号文第五条第（五）项要求，需要配套修订59号文和4号公告对“原主要股东”的定义。

59号文第五条第（五）项规定：“企业重组中取得股权支付的原主要股东，在重组后连续12个月内，不得转让所取得的股权。”根据，《报告表》“填表说明”第2点的规定，“债转股的，只需填写条件（一）和（五）”。其本义是说，在债转股中取得股权支付的债权人（重组后成为债务企业的股东），在重组后连续12个月内，不得转让所取得的股权。但是，4号公告第二十条对“原主要股东”的定义是，指原持有转让企业或被收购企业20%以上股权的股东。[①] 显然，

① 笔者注：4号公告对“原主要股东”的界定也存在不严谨的地方，即采用了“转让企业或被收购企业”的限定，字面上排除了被合并企业、被分立企业、债务企业，与企业重组要求股东权益连续的要求是不相符的，其立法本义应包含后续的重组类型。

债权人并不是原持有债务人企业20%以上股权的股东。所以，应修订4号公告第二十条对“原主要股东”的定义如下：

“《通知》第五条第（五）项规定的原主要股东，包括：(1) 原持有转让企业、被收购企业、被合并企业、被分立企业20%以上股权的股东；(2) 债转股后，持有债务人企业20%以上股权的债权人股东。就本条之目的而言，债权人股东系指债转股后，债权人以持有的对债务人企业的债权换取债务人企业的股权而成为债务人企业的股东。”

三、59号文有关债务重组特殊性税务处理规定的内容与适用框架

59号文第六条第（一）项规定：“企业重组符合本通知第五条规定条件的，交易各方对其交易中的股权支付部分，可以按以下规定进行特殊性税务处理：

（一）企业债务重组确认的应纳税所得额占该企业当年应纳税所得额50%以上，可以在5个纳税年度的期间内，均匀计入各年度的应纳税所得额。

企业发生债权转股权业务，对债务清偿和股权投资两项业务暂不确认有关债务清偿所得或损失，股权投资的计税基础以原债权的计税基础确定。企业的其他相关所得税事项保持不变。”

如何理解和适用上述规定，需要注意后述四点：

首先，我们需要明确债务重组的类型以及适用的条款。59号文和48号公告附表《企业重组所得税特殊性税务处理报告表（债务重组)》（下称“《债务重组报告表》”，其部分表格见下表19－1）将债务重组从大类上分为“除债转股方式外的债务重组”和“债转股方式的债务重组”，并分别适用59号文第六条第（一）项第一款和59号文第六条第（一）项第二款（见下表19－2)；

其次，需要明确什么是“企业债务重组确认的应纳税所得额”（参见后文第四部分、第五部分)；

再次，59号文明确规定，仅仅交易中的“股权支付部分”可以选择适用特殊性税务处理（参见后文第六部分)；

最后，如何理解和适用债转股的特殊性税务处理（参见后文第九部分)。

表 19－1：48 号公告《债务重组报告表》部分表格摘录

<table>
<tr><td colspan="4">债务人重组业务涉及的债务账面价值</td><td colspan="2"></td></tr>
<tr><td colspan="2" rowspan="4">债务人重组业务涉及的债务计税基础（1）</td><td rowspan="4"></td><td colspan="2">其中：①应付账款计税基础</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">②其他应付款计税基础</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">③借款计税基础</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">④其他债务计税基础</td><td></td></tr>
<tr><td rowspan="6">除债转股方式外的债务重组</td><td rowspan="4">债务人用于偿付债务的资产公允价值（2）</td><td rowspan="4"></td><td colspan="2">其中：①现金</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">②银行存款</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">③非货币资产</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">④其他</td><td></td></tr>
<tr><td>债务人债务重组所得（3）=（1）－（2）</td><td colspan="4"></td></tr>
<tr><td>债务人本年度应纳税所得额</td><td colspan="2"></td><td>债务重组所得占本年度应纳税所得额的比重%</td><td></td></tr>
<tr><td rowspan="2">债转股方式的债务重组</td><td>债权人债转股后所拥有的股权占债务人全部股权比例%</td><td colspan="2"></td><td>债转股取得股权的公允价值（4）</td><td></td></tr>
<tr><td>债权人原债权的计税基础（即股权的计税基础）</td><td colspan="2"></td><td>债务人暂不确认的债务重组所得（5）=（1）－（4）</td><td></td></tr>
</table>

表 19－2：59 号文债务重组特殊性税务处理法条适用

59 号文条款	适用情形	税务处理
第六条第（一）项第一款	除债转股方式外的债务重组： 1. 非股权支付对价 （1）现金； （2）银行存款； （3）非货币资产； （4）其他 2. 股权支付对价 债务人持有的控股企业股权或股份	1. 无论是否满足 50% 条件，非股权支付部分对应的债务重组所得都应在重组当期一次性确认； 2. 满足 50% 条件的，股权支付部分对应的债务重组所得，可以分 5 年平均缴纳
第六条第（一）项第二款	债转股方式的债务重组： 债务人增发股份进行债务重组	暂不确认有关债务清偿所得或损失，股权投资的计税基础以原债权的计税基础确定

四、“企业债务重组确认的应纳税所得额”是否包含非货币性资产转让的所得或损失

在 59 号文出台之后，实践中，对 59 号文第六条第（一）项第一款[①]有关非债转股债务重组业务特殊性税务处理中的“企业债务重组确认的应纳税所得额”如何理解和适用就争议不休。主要包括两种观点：

观点一：“企业债务重组确认的应纳税所得额”应作广义理解，既包括债务人转让相关非货币性资产（“债转股”中增发的自身股份除外）确认的所得（下称“资产转让所得”）和债务人确认的债务重组所得（下称“债务重组所得”）。该观点的理由在于 59 号文第五条第（二）项第 1 目规定得很清楚，它将非货币资产清偿债务分解为转让相关非货币性资产和按非货币性资产公允价值清偿债务两项业务，并要求确认相关资产的所得或损失，理应包含非货币性资产实现内含的资产增值或贬值部分应确认的转让所得或损失。

观点二：“企业债务重组确认的应纳税所得额”应作狭义理解，即仅仅指前述的“债务重组所得”，因为资产转让所得并不与债务重组交易本身相关联，不属于债务重组本身所产生。

从道理上笔者倾向于认同观点一的意见。理由在于，59 号文第四条第

① 59 号文第六条第（一）项第一款规定：“企业债务重组确认的应纳税所得额占该企业当年应纳税所得额 50% 以上，可以在 5 个纳税年度的期间内，均匀计入各年度的应纳税所得额。”

（二）项第1目规定得很清楚，它将非货币资产清偿债务分解为转让相关非货币性资产和按非货币性资产公允价值清偿债务两项业务，并要求确认相关资产的所得或损失，理应包含非货币性资产实现内含的资产增值或贬值部分应确认的转让所得或损失。同时，如果不包含的话，则将明显破坏资产计税基础的连续(因为债权人将以该资产的公允价值确定计税基础)。最后，资产视同出售转让是债务重组交易分解而出，它既是独立的分解交易，也是重组整体交易的不可分割的一部分，因此将它们合并在一起一并考虑显然是应当的，因为它们都对重组企业当期的税负产生实质影响，用它们与重组企业当年的应纳税所得额去比较，显然可以更好地评估重组企业因债务重组所导致的整体税负状况。

尽管有如上分析，但48号公告附表《债务重组报告表》澄清了59号文有关非债转股债务重组业务特殊性税务处理中的“企业债务重组确认的应纳税所得额”的涵义。该表采用的“债务重组所得占本年度应纳税所得额的比重”以及“债务重组所得”的计算列表明了国税总局对此的立场和态度。该表规定，债务人债务重组所得（3）＝债务人重组业务涉及的债务计税基础（1）－债务人用于偿付债务的资产公允价值（2）。让我们以如下例子来进行说明：

【例19－1】企业债务重组确认的应纳税所得额的确定

假定，2014年6月，A公司从B公司购入原材料100万元（含税），已到付款期，由于财务困难A公司无法归还。双方商定在2015年7月1日进行债务重组。A公司以一台设备抵偿债务。该设备账面原值为140万元，已提折旧60万元，未计提减值准备（净额80万元），债务重组日该设备的公允价值为90万元。假设不考虑相关税费。则，A公司如何确定“企业债务重组确认的应纳税所得额”?

【解析】该债务重组属于以非货币性资产清偿债务的重组，应适用59号文第六条第（一）项第一款的规定，分解为按照公允价值转让该设备，并以公允价值清偿债务两个交易。

对于A公司，债务人重组业务涉及的债务计税基础为100万元，债务人用于偿付债务的资产公允价值为90万元。因此，A公司确认的债务重组所得＝100－90＝10（万元）。同时，A公司还将确认资产转让所得＝90－80＝10（万元）。

根据《债务重组报告表》的填报规定，在确定是否适用特殊性税务处理时，A公司用于计算50%比例标准时，只能将债务重组所得10万元纳入计算，而不得考虑资产转让所得的10万元。

五、“企业债务重组确认的应纳税所得额”是否仅包含非股权支付部分应确认的应纳税所得额

尽管59号文第六条规定：“企业重组符合本通知第五条规定条件的，交易各方对其交易中的股权支付部分，可以按以下规定进行特殊性税务处理……”，但该规定并不意味着计算应纳税所得额时就只考虑股权支付部分，实质上非股权支付也构成支付对价的一部分，它同时也将实现所得或损失，59号文第六条第（六）项就明确规定，“……其非股权支付仍应在交易当期确认相应的资产转让所得或损失，并调整相应资产的计税基础”，并同时规定了计算的公式。此外，根据48号公告《债务重组报告表》（见表19－1）中的“债务人用于偿付债务的资产公允价值（2）”对应有现金、银行存款、非货币资产及其他资产，可以看出，此处的企业债务重组确认的应纳税所得额应当包含股权支付和非股权支付实现的全部应纳税所得额。

【疑难问题19－2】 在“除债转股方式外的债务重组”中，仅股权支付部分对应的企业债务重组确认的应纳税所得额可以享受5年平均纳税待遇

在48号公告《债务重组报告表》中，我们可以发现，在计算“债务重组所得占本年度应纳税所得额的比重%”（即是否满足50%比例）时，使用的是包括股权支付和非股权支付在内的全部应纳税所得额来进行计算，但由此得出的“债务人债务重组所得（3）＝（1）－（2）”并不能全部享受5年平均纳税待遇，仅仅只有其中的债务企业以其控股企业的股权或股份对应的部分可以享受。需要特别注意的是，千万不能因50%比例的计算时使用的是全额债务重组所得而混淆这个概念，因为59号文第六条的前提规定得很明确，“交易各方对其交易中的股权支付部分，可以按以下规定进行特殊性税务处理：……”。所以，从此意义上讲，48号公告的《债务重组报告表》的设计并不十分的科学、合理。

六、企业债务重组中，非股权支付应确认的债务重组所得或损失如何计算

59号文第六条第（六）项明确了各重组适用特殊性税务存在非股权支付对价时如何确认其对应的资产转让所得或损失的方法。该条规定：“重组交易各方按本条（一）至（五）项规定对交易中股权支付暂不确认有关资产的转让所得或债权所实现并确认的债务重组损失的，其非股权支付仍应在交易当期确认相应的资产转让所得或损失，并调整相应资产的计税基础。

非股权支付对应的资产转让所得或损失＝（被转让资产的公允价值－被转

让资产的计税基础）×（非股权支付金额÷被转让资产的公允价值）”

上述公式适用于债务重组时，按照一般税法原理，笔者认为债务人在债务重组确认的债务重组所得应当按照清偿债务的非股权支付和股权支付的公允价值的比例进行分配。同时，还需要明确公式中各项目在债务重组时的特定含义。

（1）首先，根据48号公告的澄清，此处的“非股权支付应确认的资产转让所得或损失”是指债务人以非货币性资产清偿债务所实现并确认的债务重组所得或债权人所实现并确认的债务重组损失；

（2）其次，该非股权支付对应的债务重组所得或损失的公式适用于“重组交易各方”，也就是说既适用于债务人，也适用于债权人，只不过在适用时，公式中的有关各计算项目代表的涵义略有不同：

①对于债务人，公式中的“非股权支付对应的资产转让所得或损失”应替换为“债务人在债务重组中确认的非股权支付对应的债务重组所得”，“被转让资产的公允价值”应替换为“支付的债务清偿额”，“被转让资产的计税基础”应替换为“债务计税基础”。计算公式如下：

债务人在债务重组中确认的非股权支付对应的债务重组所得＝债务人在债务重组中确认的债务重组所得×（非股权支付金额÷支付的债务清偿额）＝（债务计税基础－支付的债务清偿额）×（非股权支付金额÷支付的债务清偿额）

注：“支付的债务清偿额”等于货币性资产金额、非货币性资产（含控股企业的股权）的公允价值以及增发的自身股份的公允价值之和。

债务人在债务重组中确认的股权支付对应的债务重组所得＝债务人在债务重组中确认的债务重组所得－债务人在债务重组中确认的非股权支付对应的债务重组所得

②对于债权人，公式中的“非股权支付对应的资产转让所得或损失”应替换为“债权人在债务重组中确认的非股权支付对应的债务重组损失”，“被转让资产的公允价值”应替换为“收到的债务清偿额”，“被转让资产的计税基础”应替换为“债权计税基础”。计算公式如下：

债权人在债务重组中确认的非股权支付对应的债务重组损失＝债权人在债务重组中确认的债务重组损失×（非股权支付金额÷收到的债务清偿额）＝（收到的债务清偿额－债权计税基础）×（非股权支付金额÷收到的债务清偿额）

注：“收到的债务清偿额”等于“支付的债务清偿额”；“非股权支付金额”

不包括债务人企业支付的“控股企业”股权或股份。

债权人在债务重组中确认的股权支付对应的债务重组损失 = 债权人在债务重组中确认的债务重组损失 - 债权人在债务重组中确认的股权支付对应的债务重组损失

需要特别注意的是，在“债权人在债务重组中确认的非股权支付对应的债务重组损失”公式中，我们将债务人企业以其“控股企业”的股权或股份作为股权支付来对待，这与4号公告有关“控股企业”的解释作为股权支付的规定保持一致，但如前所述，这也属于4号公告在对“控股企业”解释所带来的另一个适用难题。因此，笔者再次强调，4号公告应重新基于“股东权益连续性”规则重新对“控股企业”进行界定。如果重新界定的话，则结论是相反的。

还需要注意的是，59号文只是明确了债务人在债务重组中确认的股权支付对应的债务重组所得可以享受5年平均纳税的待遇，并没有明确债权人确认的债务重组损失必须分5年申报扣除。笔者认为，债权人可以一次性在税前扣除。

让我们以如下示例来进行说明：

【例19－2】企业债务重组确认的应纳税所得额的确定

基础资料沿用【例19－1】。除了如下事实：A公司以如下资产用于债务重组：

（1）以持有的控股企业股份抵偿债务。A公司以价值40万元（计税基础30万元）的其他公司的股权抵偿债务；

（2）以一台设备抵偿债务。该设备账面原值为80万元，已提折旧60万元，未计提减值准备（净额20万元），债务重组日该设备的公允价值为30万元。

假定，A公司当年的应纳税所得额总额为50万元（含债务重组所得）。

【解析】该债务重组属于以非货币性资产清偿债务的重组，并不包含“债转股”，因为A公司并非增发自身股份抵偿债务。则：

1. A公司的税务处理

A公司确认的资产转让所得 =（40－30）+（30－20）=20（万元）

A公司确认的债务重组所得 =100－（40+30）=30（万元）

A公司确认的非股权支付对应的债务重组所得 =30×（30÷70）=12.86（万元）

A公司确认的股权支付对应的债务重组所得 =30－12.86 =17.14（万元）

A公司债务重组确认的应纳税所得额占该企业当年应纳税所得额比例 =30/50 =60% >50%

如果满足合理的商业目的，则根据59号文第六条第（一）项第一款的规定："企业重组符合本通知第五条规定条件的，交易各方对其交易中的股权支付部分，可以按以下规定进行特殊性税务处理：(一) 企业债务重组确认的应纳税所得额占该企业当年应纳税所得额50%以上，可以在5个纳税年度的期间内，均匀计入各年度的应纳税所得额。"则A公司确认的非股权支付对应的债务重组所得12.86万元应在当期计入应纳税所得额；A公司确认的股权支付对应的债务重组所得17.14万元可以在5个纳税年度的期间内，均匀计入各年度的应纳税所得额。即在当年计入应纳税所得额金额为3.43万元（17.14/5），合计计入当年应纳税所得额的金额为16.29万元。

2. B公司的税务处理

B公司确认的债务重组损失 =（40 + 30）－ 100 = 30（万元）

B公司确认的非股权支付对应的债务重组损失 = 30 ×（30 ÷ 70）= 12.86（万元）

由于不属于"债转股"，30万元损失直接计入当年应纳税所得额。

七、关联企业之间的债务重组的税务处理

对于关联企业之间的债务重组的所得税处理，原《企业债务重组业务所得税处理办法》(国家税务总局令第6号，下称"6号令")[①] 第九条规定，关联方之间发生的含有一方向另一方转移利润的让步条款的债务重组，有合理的经营需要，并符合以下条件之一的，经主管税务机关核准，才可以分别按照前述方式处理：（一）经法院裁决同意的；（二）有全体债权人同意的协议；（三）经批准的国有企业债转股。对不符合第九条规定条件的关联方之间的含有让步条款的债务重组，原则上债权人不得确认重组损失，而应当视为捐赠，债务人应当确认捐赠收入；如果债务人是债权人的股东，债权人所作的让步应当推定为企业对股东的分配，按照企业股权投资业务所得税规定处理。

但是在59号文和4号公告出台后，关联企业之间的债务重组将不再适用6号令的规定而将适用前两者的规定。即是说，关联企业之间的债务重组将视同为独立主体之间的债务重组对待。

八、不满足59号文定义的债务重组的财税处理

广义的债务重组通常还包括债务人没有发生财务困难或债权人并没有作出

---

① 6号令已经被国家税务总局令第23号（2010年11月29日）所废止。

让步时的债务重组。事实上，此时还称为“债务重组”并不十分恰当，其实质就是一般意义上的“债务清偿”。那么，这样的债务重组不能适用《债务重组准则》和59号文的规定，又如何进行会计和税务处理呢？笔者对此做如下分析：

（一）会计处理方面

事实上，债务人未发生财务困难时发生的债务重组又可以细分为债权人未作出让步和作出让步两种类型。对于前者，可以理解为正常的债务清偿，债务人并不能取得债务重组收入。比如，债务人以货物全额抵偿所欠的债务和利息；对于后者，可以视为“无法支付的债务”处理。关于“无法支付的债务”的会计处理，2001年的会计制度作增加“资本公积”处理，2006年发布的会计准则没有涉及此内容，应用指南也没有表述。从实务处理的角度出发以及比照其他相关的准则如《债务重组准则》，有关债务重组所得计入“营业外收入—债务重组利得”，以及制定新的会计准则尽量应与现行税法趋同，减少纳税调整事项的角度出发，确实无法支付的债务，应计入企业的“营业外收入”科目，作为企业的利得计入当期损益较为妥当。

债务人发生了财务困难的债务重组也可细分为债权人未作出让步和作出让步两种类型。对于前者，依然理解为正常的债务清偿，债务人并不能取得债务重组收入。对于后者，其实就是《债务重组准则》和59号文所规定的真正意义上的“债务重组”了。

（二）税务处理方面

根据19号公告规定：“企业取得财产（包括各类资产、股权、债权等）转让收入、债务重组收入、接受捐赠收入、无法偿付的应付款收入等，不论是以货币形式、还是非货币形式体现，除另有规定外，均应一次性计入确认收入的年度计算缴纳企业所得税。”因此，在债务人没有发生财务困难的债务重组中，如果债务人取得了债务重组收入，会计上已经作出了收入的会计处理，因此在确认的当期并不需要进行纳税调整。对于，债权人并没有作出让步时的债务重组而言，不存在确认债务重组收入或所得的问题，因此也不存在相关的税务处理问题。

九、“债转股”适用特殊性税务处理时，债务人和债权人暂不确认的所得或损失如何递延确认

在“债转股”中，对于债权人企业暂不确认的股权支付部分的损失，在其未来转让持有的债务人企业股权时将予以确认，这没有任何问题。但对于债务

人企业增发股份暂不确认的债务重组所得在什么时候、以什么方式进行递延确认，59 号文并没有明确规定。如果债务人企业一直不确认该所得，岂不将暂不确认（递延纳税）变为了永远不确认（免税）了？这显然跟一般的税法原理相违背。因此，债务人企业必然需要在某个时候、以某种方式进行确认才符合税法原理，否则将造成国家税收的流失。在实务中，存在三种主要的观点，下面笔者将对这三种观点进行评析，并得出自己的观点：

观点一：借鉴美国联邦所得税制的相关做法——进行税收属性的调减

我国的“债转股”类似于美国联邦所得税税制中的“E”型重组（“资本结构调整”）中的“债券交换股票”。需要注意的是，一般地，在一个“E”型重组中，如果债务人发行自身股票或一个税法上认可的证券的话，不存在应税所得的问题。因为，美国税法认为并没有财产的“交换”（exchange）发生，这也就是它被称为免税“E”型重组的原因所在。但是，如果公司的债务的减少或消亡是通过发行股票而发生并且债权人作出了让步的话，公司可能还会取得“债务清偿收入”（income from discharge of indebtedness），[①] 按照美国税法的规定，该收入豁免于纳税存在多种例外情形。基于与本问题讨论的相关性，我们仅仅关注美国联邦税收法典第 108（a）条款规定的“债务人面临‘资不抵债’（insolvent）”[②] 的例外情形。如果构成前述例外情形的，则债务人总收入（gross income）并不包括纳税人在债务清偿收入的金额，即是说豁免于纳税。所谓“资不抵债”是指，债务人无力偿还到期债务，也就是说债务超过了资产的公允价值。这跟我国 59 号文“债务重组”所定义的“财务困难”极其类似。

那么，美国税法又是如何规定债务人在债务重组时不确认债务重组所得，该所得如何在后期递延确认的呢？美国联邦税收法典第 108（b）条款规定，债务人免于计入总收入的债务重组所得应当按照如下顺序和方式进行扣减：[③]（a）调减债务清偿纳税年度的任何“净营业亏损”（net operation losses，“NOLs”）以及结转到该年度的任何净营业亏损；（b）调减债务清偿纳税年度的任何普通营业抵免（general business credit）以及结转到该年度的任何普通营业抵免；（c）调减债务清偿纳税年度之后的纳税年度有效的最小税收抵免（minimum tax credit）；（d）调减债务清偿纳税年度的任何净资本利亏（capital loss）以及结转到该年度的任何净资本利亏；（e）调减债务人财产的税基（basis reduction）；（f）

---

① 26 USC § 61（a）（12）.

② 26 USC § 108（a）（1）（b）.

③ 26 USC § 108（b）（1）.

调减债务清偿纳税年度的任何消极营业损失（passive activity loss）或抵免[①]以及以前年度结转到该年度的任何消极营业损失或抵免；（g）调减债务清偿纳税年度的境外所得抵免（foreign tax credit）或结转该年度境外所得抵免等。

对于调减的顺序规则，美国联邦税收法典规定，在债务清偿的纳税年度被征收的税款确定之后才可作出调减。同时，对于上述的（a）或（d）项，应当首先对债务清偿的纳税年度的亏损作出调减，随后再按照结转到该年度的每个结转发生的纳税年度的顺序对结转亏损作出调减。对于上述的（b）和（g）项，应当在债务清偿纳税年度被考虑的结转额的顺序作出调减。[②] 按照上述方法处理，以调减NOLs为例，实际意味着债务人首先调减可以结转以前和以后年度弥补的NOLs额度，这样债务人在以前和以后年度可以用于弥补的NOLs额度将减少，自然就将债务重组中暂未确认的债务重组所得予以实现。再以调减财产的税基为例，如果上述（a）至（d）项都使用完毕，仍然尚有余额的，则可以调减债务清偿发生的纳税年度之后的纳税年度开始时持有的任何财产的税基，这样在债务人出售这些财产时，将实现调减部分的债务重组所得。

笔者以为，借鉴美国联邦税法的做法也不失为一种不错的方法。如果这样，59号文第六条第（六）项第二款有关“债转股”特殊性税务处理的规定应作出必要的修订，即将“企业的其他相关所得税事项保持不变”的规定修订为“债权方的其他相关所得税事项保持不变”，并单独对“债转股”中债务企业暂未确认的债务重组所得的递延确认如何处理出台政策，当然应当根据我国的税法具体情况进行借鉴，比如我国就不存在最小税收抵免、资本利亏的概念。

观点二：在债务人清算时一次性确认

在实务中，还存在一种观点就是，既然59号文规定，“企业的其他相关所得税事项保持不变”，即意味着至少在修订59号文之前不能借鉴美国联邦税法的做法进行处理，那么，可以在企业清算时予以一次性确认。在债务人以后依法清算时，再计入应纳税所得额。其税法依据在于，60号文第三条规定：“三、企业清算的所得税处理包括以下内容：……（二）确认债权清理、债务清偿的所得或损失；”因此，债务人应当按照暂未确认的企业重组所得按照税法计算的应纳税额确认递延所得税负债，该负债的计税基础等于递延所得税负债的账面价值，因此未来期间按照税法规定可予税前扣除的金额为零。

---

① 消极损失或抵免通常是指仅从两个来源产生的损失或抵免：租金活动或“来源于并未主要地参与的贸易或营业”，比如投资损失或抵免等。

② 26 USC § 108（b）（4）.

但是，笔者并不是很赞同这种观点。理由在于：它与美国联邦税法调减税收属性的做法相比较，递延确认债务重组所得的时间可能太长或具有太大的不确定性，因为从理论上企业有可能永远都不会清算，因而导致递延确认永远无法实现，但是税收属性调减的做法则不会出现，比如，调减 NOLs 的，只要在税法允许的结转弥补期限内被利用完毕或弥补期间到期，则当然暂未确认的债务重组所得就将得以确认并交纳所得税。

观点三：在债权人转让股权时一次性确认

在观点二的基础上，笔者以为还可以采取一种折中的处理方法，即是在债权人转让或出售债转股取得的股权时，债务人同时一次性确认债务重组所得。但是，这种处理方式带来的问题在于，如果债权人原来就是债务人的股东，债转股只是获得了债务人新的股权，或者债权人在通过债转股获得了债务人的股权后，又通过其他方式获得了债务人另外的股权时，债权人转让债务人的股权时，如何区分转让的是什么时候、什么方式取得的股权呢？笔者以为，从保障国家税收的角度出发，应优先视为债权人转让或处置的是债转股取得的股权。

这种处理方式的最大的好处在于它保持了所得和损失确认的一致性。首先，债权人转让股权时，债务人必然知悉，可以保障在债权人确认股权内含的债务重组损失的同时一并确认债务重组所得，可以保持确认的一致性。其次，相对于观点二而言，不会出现债权人早已转让股权并确认损失而债务人却一直没有清算而并未确认所得的情形；最后，相对于观点一而言，不会出现债务人可能已经确认了所得，而债权人一直未转让股权从而不确认损失的情形出现。当然在观点一中，也可能会出现债权人已经转让股权并确认损失而债务人还没有确认完所得的情形。

综上所述，59 号文并未明确这个问题的处理，需要税务总局予以明确，但不论如何处理，至少应当保证国家税收不予流失，避免递延纳税转变为实质上的免税。

十、自然人与企业之间的债务重组如何进行税务处理

我们讲的“企业债务重组”一般指债务人企业与债权人企业之间的债务重

组，但在实践中，一直以来都存在债务人企业与自然人之间的债务重组交易。[①]对于后者，显然这不属于《债务重组准则》和59号文规范的范畴。为什么这么讲呢？因为48号公告第一条第二款规定："上述重组交易中，股权收购中转让方、合并中被合并企业股东和分立中被分立企业股东，可以是自然人。"该规定并没有将债权人属于自然人纳入其中。那么，48号公告为什么将自然人排除在债务重组当事方之外呢？让我们做如下讨论：

【疑难问题19－3】48号公告为什么将自然人排除在债务重组当事方之外？

48号公告第一条第二款规定，股权收购、合并、分立中自然人可以是重组当事方，将自然人排除在债务重组当事方之外。为什么这样规定呢？笔者认为，这与59号文第六条第（一）项债务重组的特殊性税务处理规定有关。该项规定："企业重组符合本通知第五条规定条件的，交易各方对其交易中的股权支付部分，可以按以下规定进行特殊性税务处理：

（一）企业债务重组确认的应纳税所得额占该企业当年应纳税所得额50%以上，可以在5个纳税年度的期间内，均匀计入各年度的应纳税所得额。

企业发生债权转股权业务，对债务清偿和股权投资两项业务暂不确认有关债务清偿所得或损失，股权投资的计税基础以原债权的计税基础确定。企业的其他相关所得税事项保持不变。"

一般地，企业债务重组从类型上可以划分为两大类：一是，非债转股债务重组。譬如，企业以现金或非货币性资产（增发的自身股权除外）进行债务重组；二是，债转股。即，企业以增发自身股权进行债务重组。59号文第六条第（一）项第一款规定的是前者，第二款规定的是后者。

假定，在非债转股债务重组中，债权人是自然人（比如，个人借款给企业），后来企业发生财务困难，与债权人协商，以低于债权金额进行清偿。此时，企业获得了债务重组所得，那么企业是否可以适用特殊性税务处理呢？显然按照第一款规定是可以。再譬如，在债转股中，如果债权人是自然人，企业发行股份进行债务重组，此时自然人作出了让步，存在债务重组损失，不存在个人所得税税负。个人取得的股权的财产原值按照发行股权的公允价值计量，

---

① 笔者注：比如，企业与自然人之间的借款重组（"民间借贷"）。需要注意的是，在2015年8月6日，最高人民法院颁布了《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释［2015］18号）。该文第一条对民间借贷作出了明确界定："本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用本规定。"该规定对"民间借贷"的合法性作出了明确。

而不是以原债权的财产原值计量。[1] 在企业（债务人）方面，即使要去适用59号文第六条第（一）项第二款的规定，也无法适用，因为个人取得的股权的财产原值反映的是发行股权的公允价值，所以，企业只能去适用19号公告的规定，[2] 在当期将债务重组所得一次性计入应纳税所得额计缴企业所得税，以保持股权的计税基础的连续性和一致性。

因此，从59号文有关债务重组的特殊性税务处理的规定来看，48号公告将自然人排除在债务重组当事人之外的根本原因在于我国个人所得税没有真正的“递延纳税”待遇的规定，[3] 特别是在债转股时，个人所得税法的规定和59号文有关特殊性税务处理的规定存在冲突，将自然人排除在重组当事方之外是可以接受的，并且实践中，自然人与企业之间开展债务重组的并不多见，而且一般涉及金额和应纳税所得额较小，一般也不满足特殊性税务处理的要求。

从上述讨论可以看出，由于自然人债权人被排除在重组当事方之外，因此，在企业与自然人之间的债务重组中，即使企业获得了债务重组所得，也不能适用59号文的特殊性税务处理的规定，应直接适用19号公告的规定，一次性计入当期应纳税所得额。对于自然人债权人而言，由于我国个人所得税法施行的是“分项税制”，并没有施行“综合抵扣税制”，所以该债务重组损失并不能在任何其他项目中予以抵扣。

十一、上市公司间接债务重组如何进行所得税税务处理

我们在前面部分讨论的债务重组一般都是债务人企业与债权人企业之间直接的债务重组，但在实践中，特别是上市公司债务重组实践中，还存在另外一种债务重组方式——“间接债务重组”。概括地讲，所谓间接债务重组是指，上市公司先通过关联公司承接债权人（可能是多个债权人）债权后（债权人对关联公司作出让步），再与上市公司（控股母公司）进行债务重组。譬如，实践中的“ST东热”（000958）间接债务重组。在该案中，ST东热的关联公司中电投

① 笔者注：相当于自然人以持有的企业的债权作为出资，将适用《财政部 国家税务总局关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知》（财税〔2015〕41号）的规定。

② 19号公告第一条规定，企业取得财产（包括各类资产、股权、债权等）转让收入、债务重组收入、接受捐赠收入、无法偿付的应付款收入等，不论是以货币形式、还是非货币形式体现，除另有规定外，均应一次性计入确认收入的年度计算缴纳企业所得税。

③ 41号文所规定的当期确认所得并分5年平均计入应纳税所得额并计缴个人所得税的规定并不是真正的“递延纳税”待遇，因为它是在交易当期实现并确认所得，只不过给予了5年的延迟纳税待遇。

集团及河北公司从债权人银行手中取得8项全部标的债权的成本为68,136.52万元，债务重组完成后，ST东热及其控股子公司经开热电应偿还中电投集团及河北公司合计68,136.52万元（不计息）。通过上述债务重组，ST东热获得债务重组收益56,670.55万元［90,092.36（债务本金）+34,714.71（债务利息）-68,136.52（偿还金额）］。

那么，在这种间接债务重组模式下，如何进行所得税处理呢？笔者分析认为：

1. 上市公司（债务人）通过其关联公司进行债务重组，尽管关联公司与债权人公司之间的债务重组交易分步骤、分不同的对象进行，但是这几项交易并不是独立存在的，是在债务重组前期谈判中一次性确定的组合交易，是为了满足债务重组交易中债权人银行对债务处置的程序性要求而进行的一揽子交易，其实质均为上市公司（债务人）以较少资金偿还金融机构债务的行为。譬如，在“ST东热”间接债务重组中，就连ST东热自身都声称“上述债务重组中公司与中电投集团及河北公司的交易本质上是公司与各银行间的债务重组，最终形成公司与中电投集团及河北公司间的债权债务关系，减轻了公司的债务负担”。所以，ST东热将相关债务重组收益计入“营业外收入”是合理的。

2. 根据59号文第六条第（一）项的规定，“企业债务重组确认的应纳税所得额占该企业当年应纳税所得额50%以上，可以在5个纳税年度的期间内，均匀计入各年度的应纳税所得额”。在间接债务重组模式中，是否需要将关联公司与债权人公司先期进行的多笔债务重组交易合并在一起视为一项整体的债务重组交易进行适用？笔者认为，基于实质重于形式原则，应当将前述项债务重组交易视为一个单项交易对待，即“企业债务重组确认的应纳税所得额”应当等于56,670.55万元，而不是每个交易的金额。需要注意的是，即使视为一个整体的交易来对待，但由于59号文第六条第（一）项规定仅仅对股权支付部分适用，因此最终“ST东热”债务重组也不能适用特殊性税务处理。

专题 20：企业法律形式转变的税务疑难问题

内容概览

尽管59 号文对企业法律形式改变的所得税处理进行了明确的规定，但在实践中，依然存在一些适用疑难和争议。在本专题中，笔者将集中介绍最主要的6个方面的问题。本专题包含如下内容：

■ 企业法律形式改变的理解和适用

■ 企业法律形式改变的视同清算问题

■ 如何理解和适用“将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区）”

■ 企业公司制改造的税务处理问题

■ 由高税率地区迁移到低税率地区，是否视同清算分配和投资

■ 利用新疆、西藏等地区税收优惠政策，有限公司迁移转变为合伙企业的税务处理

一、企业法律形式改变的理解和适用

59 号文第一条第（一）项规定：“企业法律形式改变，是指企业注册名称、住所以及企业组织形式等的简单改变，但符合本通知规定其他重组的类型除外。”那么，如何理解前述定义呢？笔者认为需要注意如下几点：

1. 企业法律形式改变一般只涉及法律形式改变的企业本身，不涉及第三方；

2. “但符合本通知规定其他重组的类型除外”是指一个并购重组交易同时符合其他重组类型的定义，又符合企业法律形式改变时竞合优先适用的规则。即，企业组织形式改变只是其他重组类型完成后的必然结果时，将优先适用其他重组类型的税法规则而不适用企业法律形式改变的税法规则。譬如，其他公司收购国有企业或集体企业的净资产并同时进行公司制改制，由国有或集体企业改制为公司时，发生了企业组织形式的改变，但应当适用资产收购的税法规则；

3. 企业法律形式的改变一般只涉及企业本身的注册名称、住所以及组织形式的简单改变，不涉及资本（股本）、资产等的出售、交换、债务重组等交易。

【疑难问题 20－1】什么是企业组织形式的简单改变？

首先需要明白的是，什么是“企业组织形式”？简单地讲，企业组织形式是指企业财产及其社会化大生产的组织状态，它表明一个企业的财产构成、内部分工协作与外部社会经济联系的方式。通常按照企业对财产的组织形式和所承担的法律责任进行划分。我们知道，我国企业登记主要分为三大类，一是依据《企业法人登记条例》登记的全民所有制企业、集体所有制企业、联营企业等；二是依据《公司法》及《公司登记管理条例》登记的有限责任公司和股份有限公司（包括“三资”企业）；三是依据其他法规登记的个人独资企业、合伙企业以及股份合作制企业等。

那么，什么又是“企业组织形式的简单改变”呢？通常理解，企业组织形式的简单改变是指企业由一种组织形式转变为另一种组织形式。譬如，企业由法人转变为个人独资企业、合伙企业等非法人组织。又譬如，企业由有限责任公司转变为股份有限公司。这种转变一般不涉及企业的注册资本、资产、债务状况以及股东的实质改变。

如前所述，如果企业组织形式的改变只是其他重组导致的必然结果，比如股权收购后导致目标企业的名称发生变化，则将显然适用股权收购的税法规则，而不是企业法律形式的税法规则。还需要注意的是，法律形式改变必须符合法律法规的规定，比如将有限责任公司转化为股份有限公司须符合《公司法》对股份有限公司的硬性要求。比如，半数以上发起人在中国境内有住所等。

二、企业法律形式改变的视同清算问题

59 号文将企业法律形式改变的所得税税务处理适用一般性税务处理，不存在特殊性税务处理的情形（59 号文第六条并没有相关的规定）。同时 48 号公告附表《企业重组所得税特殊性税务处理报告表》（以下简称“《报告表》”）中的“特殊性税务处理报告表”中的“填表说明”第 4 点规定：“除法律形式简单改变外，重组各方应在该重组业务完成当年，办理企业所得税年度申报时，分别向各自主管税务机关报送《企业重组所得税特殊性税务处理报告表及附表》和申报资料。合并、分立中重组一方涉及注销的，应在尚未办理注销税务登记手续前进行申报。重组主导方申报后，其他当事方向其主管税务机关办理纳税申报。申报时还应附送重组主导方经主管税务机关受理的《企业重组所得税特殊

性税务处理报告表及附表》（复印件）。”从该说明也可以看出，对于企业法律形式改变不存在特殊性税务处理一说。

59 号文第四条第（一）项规定：“企业由法人转变为个人独资企业、合伙企业等非法人组织，或将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区），应视同企业进行清算、分配，股东重新投资成立新企业。企业的全部资产以及股东投资的计税基础均应以公允价值为基础确定。

企业发生其他法律形式简单改变的，可直接变更税务登记，除另有规定外，有关企业所得税纳税事项（包括亏损结转、税收优惠等权益和义务）由变更后企业承继，但因住所发生变化而不符合税收优惠条件的除外。”

因此，企业由法人转变为个人独资企业、合伙企业等非法人组织的，59 号文采取了交易分解理论进行税务处理，视同为企业先进行视同清算、分配，股东再以分配财产重新投资成立新企业两个交易，而清算、分配则适用 60 号文的有关清算的所得税规定，投资成立新企业则适用投资的税法规则。

企业法人与个人独资企业、合伙企业等非法人组织在企业财产权方面的主要区别在于，企业法人拥有独立的法人财产权，出资人仅以出资为限对企业债务承担有限责任；非法人组织不拥有独立财产权，个人独资企业财产归投资者个人所有，合伙企业财产原则上归全部合伙人共有，出资人（个人或普通合伙人）对企业债务承担无限责任。企业由法人变更为个人独资企业、合伙企业等非法人组织，实质上相当于将法人财产分配给投资人所有或共有，投资人再以分得的财产新设非法人企业。笔者认为，尽管 59 号文规定，企业法律形式改变视同清算、分配，但毕竟企业法人主体改变前后并没有真正终止经营。因此，与真正的企业清算在某些细节上还是有所区别。比如，视同清算一般不会发生清算费用、清算产生的其他税费，不会产生职工的工资、社会保险费用和法定补偿金等，而只就清算所得支付清算所得税后的余额（作为剩余财产）进行分配，分配的剩余财产扣除股息所得后的余额大于股东投资成本时为投资转让所得，小于时为投资转让损失。

59 号文规定，企业将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区），应视同企业进行清算、分配，股东重新投资成立新企业。之所以这样规定，原因在于企业将登记地转移至境外，不仅征税对象发行变化，还涉及税收管辖权的问题。为保障国家税收权益，有必要将其视为在中国清算、分配后再在境外投资设立新的企业。

三、如何理解和适用“将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区）”

令笔者感到非常困惑的是，59号文第四条第（一）项所规定的“将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区）”在公司法律下如何实现？不论是我国的企业法规、公司法规以及合伙企业、个人独资企业等法规都无一例外地没有任何有关这些组织将注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区）的规定，也没有各地具体的操作细则和程序，那么这样规定有什么意义呢？显然这又是一个只站在税收角度考虑的单方面的规范文件，并没有与其他部门法规进行有效的衔接。笔者认为，59号文这样规定完全是在借鉴英美公司、离岸公司法的公司“迁册”（“continuation”）制度时，没有考虑我国公司立法具体情况的产物。我们知道，英美公司法中的迁册制度是指，满足法律某些条件和要求的前提下，某一司法区域的公司可以整体转移到另一司法区域。公司迁册制度并不影响迁册公司的独立法人资格，也不对迁册公司的权利义务、资产和负债以及各种其他事项产生影响，仅仅可能是该公司的登记司法区域、登记地址的变更。该制度解决了公司在不同司法区域之间的整体转移的法律问题，这也是离岸公司法比较有特色的一个制度，在大陆法系/民法法系中通常不存在这样的制度。譬如，在BVI设立的商业公司迁出到美国德拉华州，同时美国德拉华州的公司也可迁入到BVI。当然这两个司法区域公司法例都承认公司可以迁入、迁出该司法区域。

那么，这些司法区域的公司法例规定允许公司迁册的意义在哪里呢？这种制度到底有什么样的作用呢？事实上，一个公司迁册的法律后果在于它并不改变公司的独立法人人格，仅仅是对其注册的司法区域的变更。让我们换一个角度来考虑这个问题。比如，香港公司法条例并不允许公司迁册，则该公司的投资者基于某些原因想要将公司直接转移到BVI进行运营，需要如何操作呢？只能这样来进行，即该公司的投资者需要先在BVI设立一家新的商业公司，再将香港公司的资产转移过去，法律手续繁杂，转移的成本也很高昂。而如果两个司法区域的公司法法例都允许公司迁册的话，则直接可以将整间公司（连同资产及负债）“搬”到新的司法区域注册，公司的法人身份不变，只是换了一个新的注册登记地而已。这样操作的手续并不复杂，而且成本比较低廉。这正是公司迁册制度的意义所在。

然而，我国公司法并没有类似这样的公司迁册制度，如何“将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区）”，当然税务立法基于税收管辖

权具有前瞻性地进行了规定，也无可厚非。在此，笔者只是强调在进行税务立法时，一定要注意与其他部门法规的衔接。

四、企业公司制改造的税务处理问题

资产评估增值主要出现在企业特殊交易行为和企业改制过程中，一是以非货币性资产对外投资发生的评估增值，二是因企业公司制改造而发生的资产评估增值。对于第一种情形，按照非货币性资产对外出资或按照重组的类型依据59号文的相应规定进行会计和税务处理。在此笔者关注的是第二种情形，如何进行会计和税务处理？

我国法律上的企业公司制改造包括非公司制企业按照《公司法》的规定，整体改组为有限责任公司（含国有独资公司）或股份有限公司，有限责任公司整体改组为股份有限公司，股份有限公司整体改组为有限责任公司三种类型。

（一）非公司制企业改制为有限责任公司（含国有独资公司）

2006年企业会计准则出台后，《财政部关于印发企业会计准则解释第2号的通知》（财会［2008］11号，下称《解释第2号》）明确规定："企业进行公司制改制的，应以经评估确认的资产、负债价值作为认定成本，该成本与其账面价值的差额，应当调整所有者权益；企业的子公司进行公司制改制的，母公司通常应当按照《企业会计准则解释第1号》的相关规定确定对子公司长期股权投资的成本，该成本与长期股权投资账面价值的差额，应当调整所有者权益。"因此，新的会计处理原则和方法是：按照评估后的资产、负债价值（实践中基本等同于公允价值）作为入账价值，评估价值与账面价值之间的差额，调整所有者权益（先调整资本公积，资本公积不足，调整留存收益）。

59号文出台后明确规定："企业发生其他法律形式简单改变的，可直接变更税务登记，除另有规定外，有关企业所得税纳税事项（包括亏损结转、税收优惠等权益和义务）由变更后企业承继，但因住所发生变化而不符合税收优惠条件的除外。"因此，笔者认为，非公司制企业改制为有限责任公司（含国有独资公司）的，当期并不计算缴纳企业所得税，但应就公允价值与账面价值之间的差异确认"递延所得税资产"或"递延所得税负债"。

（二）非公司制企业改制/有限责任公司变更为股份有限公司

1. 非公司制企业改制为股份有限公司

按照《财政部关于印发企业会计准则解释第1号的通知》（财会［2007］14

号，下称《解释第1号》）的规定："企业引入新股东改制为股份有限公司，相关资产、负债应当按照公允价值计量，并以改制时确定的公允价值为基础持续核算的结果并入控股股东的合并财务报表。改制企业的控股股东在确认对股份有限公司的长期股权投资时，初始投资成本为投出资产的公允价值及相关费用之和。"因此，非公司制企业引入新股东改制为股份有限公司，相关资产、负债应当按照公允价值计量。同时，按照《解释第2号》的规定，非公司制企业应以经评估确认的资产、负债价值作为认定成本，其与账面价值的差额，应当调整所有者权益（资本公积）。

对于新的股份有限公司而言，会计处理有两种方法：一是，沿用原非公司制企业旧账。按照评估确认的资产、负债的价值进行账务调整，按照调整后的净资产折算为股本，借记实收资本、资本公积、盈余公积、未分配利润科目，贷记股本，评估确认的净资产与股本的差额贷记资本公积科目。二是，注销旧账，开启新账。原非公司制企业注销旧账，借记实收资本、资本公积、盈余公积、未分配利润科目、负债类科目，贷记资产类科目，新的股份有限公司开启新账，借记资产类科目，贷记负债类科目，股本科目，评估确认的净资产与股本的差额贷记资本公积科目。

上述两种处理方法并没有本质区别，将非公司制企业经评估确认的净资产部分超过股本的差额部分记入资本公积（股本溢价）科目的理由在于，非公司制企业改制为股份有限公司属于新股份有限公司的设立，新公司设立的日期即为公司登记机关登记的日期，所以出资额超过股本的部分都计入股本溢价，留存收益自股份公司设立日开始重新累积。

有关资产评估增值的税务处理同非公司制企业改制为有限责任公司（含国有独资公司），在此不再赘述。

2. 有限责任公司变更为股份有限公司

与非公司制企业改制为股份有限公司不同的是，考虑到会计主体的延续性原则，有限责任公司以净资产整体折股变更为股份有限公司时，不应按评估值对资产、负债的账面价值进行调整。按照59号文的规定，一般情况下，有限责任公司变更为股份有限公司的，公司本身当期并不计算缴纳企业所得税。由于不存在按评估值对资产、负债的账面价值进行调整，因此，也就不存在按照公允价值与账面价值之间的差异确认"递延所得税资产"或"递延所得税负债"的问题。需要特别注意的是，2015年7月1日，财政部、国家税务总局发布了《财政部、国家税务总局关于企业改制上市资产评估增值企业所得税处理政策的

通知》（财税［2015］65 号），对符合条件的国有企业，其改制上市过程中发生资产评估增值企业所得税税务处理问题进行特别规定，笔者将在“专题 38：国有企业改制重组资产评估增值的企业所得税问题”中进行详细介绍。

同时，有限责任公司应当按照历史成本原则，以原账面净资产折股，并结转原先的各个股东权益类科目，但是如何结转却存在如下两种方法：

一是，重新设置“股本”和“资本公积（股本溢价）”科目，将原有限责任公司的截至基准日止的全部经审计的账面净资产，折合为“股本”和“资本公积（股本溢价）”，不再保留留存收益，即将股东权益余额转入新设的“股本”和“资本公积（股本溢价）”科目中。其理由是，有限责任公司整体变更为股份有限公司是公司组织形式的变化。从法律角度，视同为全体发起人以有限责任公司的整体净资产出资设立股份有限公司，所以出资额超过股本的部分都计入股本溢价，留存收益自股份公司设立日开始重新累积。

二是，有限责任公司净资产部分按照原实收资本、资本公积（资本溢价）、盈余公积（可转增部分）、未分配利润的顺序进行折股。即是说，如果折股时确定的股本超过原实收资本的部分，先用资本公积（资本溢价）转股，不足部分先按顺序由可转增的盈余公积、未分配利润进行转股。其理由在于，《公司法》第九十六条仅仅规定：“有限责任公司变更为股份有限公司时，折合的实收股本总额不得高于公司净资产额。有限责任公司变更为股份有限公司，为增加资本公开发行股份时，应当依法办理。”但具体如何变更没有规定，仅是说要符合股份公司成立的条件，其他法律法规也未作规定。所以，有限责任公司整体变更为股份有限公司，仅仅是企业法律形式及公司名称的变更，不视为公司的新设成立。实务支持这种观点最明显的例证就是公司的成立日期还是有限责任公司成立的日期。

上述两种方式对公司层面而言，并不导致公司的净资产总额的变化。但方法一存在的问题是，可以将原不能用于转增资本的资本公积（其他资本公积）、必须留存的盈余公积（公司法规定的 25% 比例）全部计入资本公积（股本溢价）可以用于以后转增股本，在公司主体并没有“真实”设立的情况下，似乎留下了一条变相规避法律强制规定的“通道”，在方法二之下，则可以有效避免这个问题。

在税法上，两种方法的根本影响在于，净资产部分折股过程中有关原资本公积和留存收益（盈余公积和未分配利润）转增股本涉及股东层面的税收问题。笔者已经在本书“专题 4：有限责任公司整体变更的税务问题”中进行了介绍，

不再赘述。

（三）股份有限公司变更为有限责任公司

类似于有限责任公司变更为股份有限公司，对于资产、负债的会计处理方法相同，但有关所有者权益的处理方法则是将股份有限公司的净资产转入实收资本。有关税务处理也类似于有限责任公司变更为股份有限公司，在此不再赘述。

五、由高税率地区迁移到低税率地区，是否视同清算分配和投资

59号文第四条第（一）项第二款规定："企业发生其他法律形式简单改变的，可直接变更税务登记，除另有规定外，有关企业所得税纳税事项（包括亏损结转、税收优惠等权益和义务）由变更后企业承继，但因住所发生变化而不符合税收优惠条件的除外。"因此，企业从国内低税率地区转移到高税率地区，不视为清算，但低税率优惠政策将不能再享受。但是反之，结论是否依然成立呢？

笔者认为，59号文第四条第（一）项第二款只规定，企业由法人转变为个人独资企业、合伙企业等非法人组织，或将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区），应视同企业进行清算、分配，股东重新投资成立新企业。企业的全部资产以及股东投资的计税基础均应以公允价值为基础确定，而"企业发生其他法律形式简单改变的"则不用清算、分配，因此，企业从国内高税率地区转移到低税率地区，既不属于转变税种的情形，也不属于改变国内税收管辖权的情形，理当不视为清算、分配。同时，只要符合享有税收优惠条件，低税率即可享受。但是，笔者注意到，如果是这样的话可能招致实务中的避税行为。譬如，实务中已出现的将住所从高税率往低税率的地区（比如新疆、西藏等）转移的情形。譬如，新疆维吾尔族自治区的有关鼓励投资的优惠政策主要包括《新疆维吾尔自治区促进股权投资类企业发展暂行办法》（新政办发［2010］187号）、《关于鼓励股权投资类企业迁入我区的通知》（新金函［2010］87号）、《自治区工商行政管理局关于有限责任公司变更为合伙企业的指导意见》（新工商企登［2010］172号）等。根据新政办发［2010］187号第二十一条规定，股权类企业和个人投资者可以享受如下优惠政策：

"（一）公司制的股权投资类企业，纳入自治区支持中小企业服务体系，依法享受国家西部大开发各项优惠政策，执行15%的所得税率，自治区地方分享部分减半征收。未能纳入该体系享受西部大开发政策的，减免企业所得税自治区地方分享部分的70%。

（二）公司制企业将税后利润向股东分红时，股东是自然人的，应缴纳的个人所得税由该企业代扣代缴。股东缴纳所得税后，自治区按其对地方财政贡献的 50% 予以奖励，奖励资金由纳税所在地财政部门拨付。

（三）合伙制的股权投资类企业的合伙人，按照“先分后税”缴纳所得税后，自治区按其对地方财政贡献的 50% 予以奖励，奖励资金由纳税所在地财政部门拨付。

（四）股权投资类企业因提供投融资管理或咨询服务等取得收入而缴纳营业税后，自治区按其对地方财政贡献的 50% 予以奖励，奖励资金由纳税所在地财政部门拨付。

股权投资类企业取得的权益性投资收益和权益转让收益，以及合伙人转让股权的，依法不征收营业税。

（五）各开发区可以制定其他办法，根据股权投资类企业及相关人员所作的贡献给予一定比例的奖励。奖励方式由各开发区与相关企业和个人协议约定。”

所以，如果一个在正常税率地区的有限公司迁移到新疆的话，仅仅需要在迁出地办理工商迁出手续，办理注销税务登记手续，办理缴销发票、结清税款等税务事项，并不需要视同清算。迁出手续完成后，在迁入地，重新办理工商迁入手续，办理税务登记手续即可。经过前述注册地址变更登记以及税务登记手续之后，就能够享受新疆地区的低税率和减免税收优惠政策。因此，笔者建议应当修订 59 号文，企业因在境内变动登记注册地而享受了更优惠的企业所得税区域优惠政策的（限于低税率和定期减免税优惠政策），应按照 60 号文的规定进行清算。

六、利用新疆、西藏等地区税收优惠政策，有限公司迁移转变为合伙企业的税务处理

在实践中，自从新疆、西藏等西部大开发地区 2010 年出台鼓励投资的地方优惠政策（包括税收优惠政策）后，从 2011 年开始形成了其他地区有限公司向新疆、西藏地区迁移企业或者迁移变更为有限合伙的热潮。从公开披露的上市公司资料就可以看出来。譬如如下实例：

（1）亚太科技（002540. SZ）2012 年 1 月 13 日的限售股份上市流通公告披露，公司第六大股东湖南唯通资产管理有限公司、第七大股东深圳兰石创业投资有限公司，已分别于 2011 年 9 月和 2011 年 3 月变更为新疆唯通股权投资管理合伙企业（有限合伙）与新疆兰石创业投资有限合伙企业，两企业分持亚太科

技538.2万股和292.5万股，均已解禁流通；

（2）长信科技（300088.SZ）第二大股东也于2011年3月进驻新疆，名称由芜湖润丰科技有限公司变更为新疆润丰股权投资企业（有限合伙）；

（3）在2012年5月18日解禁上市流通流通之前，东方电热（300217.SZ）第四大股东上海东方世纪企业管理有限公司于2012年3月13日变更为新疆东方世纪股权投资合伙企业；

（4）兆驰股份（002429.SZ）公告称，控股股东深圳市兆驰投资有限公司自2011年9月20日起工商注册信息变更为新疆兆驰股权投资合伙企业（有限合伙）。该控股股东持有兆驰股份45499.13万股，占总股本的64.19%。

那么，为什么这些上市公司的有限公司股东需要"千里迢迢"地迁移到西北部偏远的新疆和西藏地区呢？毫无疑问优惠的税收政策以及"避税"是他们最大的动机。

下面，让我们以东方电热（300217.SZ）第四大股东上海东方世纪企业管理有限公司迁移到新疆变更为有限合伙来展开分析讨论。

【例20－1】东方电热（300217）股东上海东方世纪企业管理有限公司迁移至新疆变更为合伙企业

2012年3月8日，镇江东方电热科技股份有限公司（以下简称"东方电热"，300217）发布公告称：

公司第四大股东上海东方世纪企业管理有限公司经新疆维吾尔自治区工商行政管理局乌鲁木齐高新技术产业区分局核准，名称由"上海东方世纪企业管理有限公司"（以下简称"东方世纪公司"）变更为"新疆东方世纪股权投资合伙企业"（以下简称"东方世纪合伙"），并同时变更了企业类型、经营场所和经营范围等。

合伙企业类型：有限合伙企业。经营范围：许可经营项目：无。一般经营项目：从事对非上市企业的股权投资，通过认购非公开发行股票或者受让股权等方式持有上市公司股份以及相关咨询服务。

此次变更后，东方世纪合伙持有我公司股票数量和持股比例不变，仍持有我公司股票8,900,000股，占公司总股本的9.9%。

东方世纪合伙的合伙人情况为：李苗出资259万，合伙份额13.1472%；徐大方出资1711万，合伙份额86.8528%。

问题：东方世纪公司迁移至新疆后变更为东方世纪合伙是出于什么样的税务考虑？有限公司变更为有限合伙是否真的可以解决限售股避税的问题？

【解析】 1. 首先来看第一个问题：基于避税之考虑。

（1）首先，东方世纪公司持有东方电热 890 万股限售股股票（占 9.9%），将于 2012 年 5 月 18 日到期，根据《企业所得税法》的规定，如果东方世纪公司在解禁后出售东方电热股票的话，将就股票转让所得缴纳 25% 的企业所得税，对自然人股东再分配时，将再征收 20% 的“股息、红利”，对于自然人股东而言将负担 40% ［25% + （1 − 25%） × 20%］的综合税率。

（2）其次，根据我国有关合伙企业税法规定，合伙企业施行“先分后税”，自然人合伙人仅仅需要按照个体工商户 5%—35% 的超额累进税率计算缴纳个人所得税，而根据《关于鼓励股权投资类企业迁入我区的通知》（新金函［2010］87 号）第四条的规定：“迁入我区的公司制股权投资类企业申请变更为合伙企业的，按照《自治区工商行政管理局关于有限责任公司变更为合伙企业的指导意见》（新工商企登［2010］172 号）办理。迁入的公司符合企业所得税‘两免三减半’政策条件的，迁入时可以直接变更登记为合伙企业。不符合企业所得税‘两免三减半’政策条件的，先办理公司迁入手续，再按国家有关规定办理有限责任公司变更为合伙企业。”根据《新疆维吾尔自治区促进股权投资类企业发展暂行办法》（新政办发［2010］187 号）第二十一条第（三）项的规定：“合伙制的股权投资类企业的合伙人，按照‘先分后税’缴纳所得税后，自治区按其对地方财政贡献的 50% 予以奖励，奖励资金由纳税所在地财政部门拨付。”因此，新疆地区执行的是，按照“利息、股息、红利所得”或者“财产转让所得”项目征收个人所得税，税率为 20%。同时，根据《国家税务总局关于〈关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉执行口径的通知》（国税函［2001］84 号）第二条规定：“个人独资企业和合伙企业对外投资分回的利息或者股息、红利，不并入企业的收入，而应单独作为投资者个人取得的利息、股息、红利所得，按‘利息、股息、红利所得’应税项目计算缴纳个人所得税。”尽管，根据《企业所得税法》规定，居民企业之间的股息、红利适用免税政策，但合伙企业在这方面的税收政策保持一致，还可以取得地方优惠政策。特别地，如果合伙企业转让持有的上市公司股票的话，即使最高可能达到 35% 的税率，但减半之后，依然可能小于 20%。同时，还可以通过分批次减持的方式来降低适用税率，从而达到总体减少税负的效果。

2. 让我们再来看第二个问题：税收风险。

我们讲尽管实践中已经有很多这样的操作案例，但这些案例背后应该存在着极大的税务风险。因为，根据 59 号文第四条第（一）项规定：“企业由法人

转变为个人独资企业、合伙企业等非法人组织，……应视同企业进行清算、分配，股东重新投资成立新企业。”该规定意味着，即使东方世纪公司按照新工商企登［2010］172号迁入的同时变更为有限合伙的，在转变组织形式时，应该视同清算处理，而根据60号文的规定，东方世纪公司持有的应该按照转让当日的收盘价确定股票转让的变现价值并计算公司层面的企业所得税，再分配给自然人股东时计算确定股权转让个人所得税。从分析来看，所谓的有限公司迁移并同时变更为有限合伙可以有效地规避企业层面所得税的筹划是无效的，并且会立即产生企业层面和个人层面的税负。当然如果后期股票的市价是上扬的，则通过合伙企业转让股票时，可以起到相对于转化日市价增值部分的“节税效应”，但如果是下滑的，则对个人来说则增加了税负。

通过上述案例分析，我们可以发现，目前流行的将现有有限公司迁移变更为有限合伙企业的方式来规避企业层面的所得税是存在较大税收风险的，在实施这样的筹划方案时尤其要考虑企业法律形式转变所带来的立即的税务风险。

专题 21：跨境重组的所得税问题

内容概览

尽管 59 号文对企业跨境重组的所得税处理进行了明确的规定，但在实践中，依然存在一些适用疑难和争议。在本专题中，笔者将集中介绍最主要的 5 个方面的问题。本专题包含如下内容：

■ 59 号文第七条第（一）项“境外—境外”模式的所得税处理——兼论国家税务总局 2013 年第 72 号公告

▶如何理解 72 号公告第一条规定的境外企业分立、合并导致中国居民企业股权转让适用 59 号文第七条第（一）项所规定的“境外—境外”模式？

▶如何理解和适用“没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负担变化”？

▶如果股权转让导致股息预提所得税率提高如何进行处理？

■ 59 号文第七条第（二）项“境外—境内”模式的所得税处理

▶如何理解和适用“与其具有 100% 直接控股关系”？

■ 59 号文第七条第（三）项“境内—境外”模式的所得税处理

▶如何理解和适用 59 号文第八条对“境内—境外”模式特殊性税务处理的规定？

一、59 号文第七条第（一）项“境外—境外”模式的所得税处理——兼论国家税务总局 2013 年第 72 号公告

59 号文第七条第（一）项规定：“企业发生涉及中国境内与境外之间（包括港澳台地区）的股权和资产收购交易，除应符合本通知第五条规定的条件外，还应同时符合下列条件，才可选择适用特殊性税务处理规定：（一）非居民企业向其 100% 直接控股的另一非居民企业转让其拥有的居民企业股权，没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负担变化，且转让方非居民企业向主管税务机

关书面承诺在3年（含3年）内不转让其拥有受让方非居民企业的股权。”该规定实质讲述的是非居民企业将其持有的中国居民企业的股权转让给另一家非居民企业（下称“境外—境外”模式）。此时，《企业所得税法》以及跨国并购重组所得税制度应当主要规范的是，就非居民企业来源于中国境内的所得行使税收管辖权。

对于“境外—境外”模式，如果要适用特殊性税务处理，除了满足第五条规定的条件之外，还需要满足如下四个特别要件：

（1）仅适用于股权收购交易；

（2）受让方非居民企业属于转让方非居民企业100%直接控股子公司；

（3）没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负担变化；

（4）转让方非居民企业向主管税务机关书面承诺在3年（含3年）内不转让其拥有受让方非居民企业的股权。

下面笔者分别针对上述四个特别要件进行介绍。

（一）仅适用于股权收购交易

从59号文的定义来看，股权收购重组仅仅适用于狭义的、直接的股权转让交易行为。但实践中，除了转让方股东直接向受让方转让股权可能导致跨境股权转让之外，还可能因境外非居民企业的合并、分立等重组行为导致境内居民企业的股权实质由一家非居民企业转让给另一家非居民企业。为了规范这样的重组交易的税务处理，2013年12月12日，国家税务总局颁布了新的有关跨境重组的公告《国家税务总局关于非居民企业股权转让适用特殊性税务处理有关问题的公告》（国家税务总局公告2013年第72号，下称“72号公告”）。该公告第一条规定：“本公告所称股权转让是指非居民企业发生《通知》第七条第（一）、（二）项规定的情形；其中《通知》第七条第（一）项规定的情形包括因境外企业分立、合并导致中国居民企业股权被转让的情形。”所以，72号公告对59号文“境外—境外”模式的适用范围做了扩展性解释，将境外企业分立、合并导致中国居民企业股权被转让的情形包含进来。

【疑难问题21－1】境外企业分立、合并导致中国居民企业股权被转让的情形

应该讲，72号公告仅仅简单规定了境外企业分立、合并导致中国居民企业股权被转让属于“境外—境外”模式规范的股权转让行为。那么，实践中，在哪些情形下境外企业分立、合并会导致中国居民企业股权被转让呢？笔者认为，主要包括如下几种情形：

情形分类	具体交易情形	解释和示例
境外企业分立	“境外—境外”模式：非居民企业将其持有的居民企业的股权资产分离给其100%直接控股的另一非居民企业[①]	该交易属于被分立企业向现存100%直接控股的企业进行的分立重组。譬如，非居民企业A持有80%的居民企业B的股权，A将该80%的B股权分离给其100%直接持股的另一非居民企业C。分立完成后，A增持C的股份，C持有80%的B股份。
	“境外—境内”模式：非居民企业将其持有的居民企业的股权资产分离给与其具有100%直接控股关系的居民企业(其控股母公司)[②]	该交易属于被分立企业向其股东进行的分立重组。譬如，非居民企业A持有80%的居民企业B的股权，A将该80%的B股权分离给其100%直接持股的母公司C（另一居民企业)。分立完成后，C减少持有的A股份，C持有80%的B股份。
境外企业合并	“境外—境外”模式：非居民企业纵向向下吸收合并到其100%直接控股的另一非居民企业	该交易属于100%控股母公司向下吸收合并到其子公司中的合并重组。譬如，非居民企业A持有80%的居民企业C的股份，A向下吸收合并到其100%控股的非居民企业B中。合并完成后，A解散注销，A的股东持有B的股份，B持有80%的C股份。
	“境外—境内”模式：非居民企业持有居民企业的股份，该非居民企业纵向向上吸收合并到其100%直接控股母公司(居民企业）中[③]	该交易属于受控子公司向上吸收合并到其100%控股母公司中的合并重组。譬如，非居民企业A持有80%的居民企业C的股份，A向上吸收合并到其100%直接控股的母公司B（居民企业）中。合并完成后，A解散注销，B持有80%的C股份。

注：①通常，英美公司法规定，被分立公司可以将其资产向已经存续的公司进行分离，这属于很常见的分立方式。

②“境外—境内”模式是指59号文第七条第（二）项规定的股权转让交易，有关定义详见下文。需要注意的是，由于涉及跨境分立，鉴于我国有关跨境分立的法规并不明确，这可能是72号公告并没有针对此情形规定适用“境外—境内”模式的原因。

③需要注意的是，由于涉及跨境合并，鉴于我国有关跨境合并的法规并不明确，这可能是72号公告并没有针对此情形规定适用“境外——境内”模式的原因。

需要注意的是，除了上述四种主要的交易形式，实践中还可能因分立对象和合并公司的不同，还涉及其他跨境分立、合并的情形也可能导致中国居民企业的股权被转让，鉴于涉及跨境分立、合并，并不属于境外的分立、合并，所

以 72 号公告并没有将它们纳进来。

（二）受让方非居民企业属于转让方非居民企业 100% 直接控股子公司

国家税务总局在很早之前曾经出台《关于外商投资企业和外国企业转让股权所得税处理问题的通知》（国税函［1997］第 207 号，下称“207 号文”），[①] 该文规定：“在以合理经营为目的进行的公司集团重组中，外国企业将其持有的中国境内企业股权，或者外商投资企业将其持有的中国境内、境外企业的股权，转让给与其有直接拥有或者间接拥有或被同一人拥有 100% 股权关系的公司，包括转让给具有上述股权关系的境内投资公司的，可按股权成本价转让，由于不产生股权转让收益或损失，不计征企业所得税。”从 207 号文规定来看，与 59 号文比较，主要存在如下区别：转让方可以间接 100% 控股收购方或者收购双方被同一人 100% 控股；外商投资企业可以是适用递延纳税优惠政策的主体。

（三）没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负担变化

在实务中如何理解适用该规定呢？笔者以为要注意如下两个要点：

一是，强调没有因此造成“以后”该项股权转让所得预提税负担变化；

二是，仅限于“股权转让所得”的预提税负担变化；

1. 强调没有因此造成“以后”该项股权转让所得预提税负担变化

为什么要强调没有因此造成“以后”该项股权转让所得预提税负担变化呢？其主要的目的在于防止税收协定的滥用。即，防止中间控股企业（即股权转让交易的收购方）“以后”再转让其持有的境内居民企业股权所得适用的预提税税率低于原非居民企业转让持有的境内居民企业股权适用的预提税税率。

72 号公告第五条规定：“非居民企业发生股权转让属于《通知》第七条第（一）项情形的，……税务机关在调查核实时，如发现此种股权转让情形造成以后该项股权转让所得预提税负担变化，包括转让方把股权由应征税的国家或地区转让到不征税或低税率的国家或地区，应不予适用特殊性税务处理。”该规定意味着，判断预提所得税的负担是否发生变化需要考察中国对外签署的税收协定中有关“财产收益”的条款。概括来讲，我国双边税收协定中关于转让股权所得征税的规定有三种方式（不考虑不动产因素）：

一是中国对股权转让所得具有征税权。如“中国—加拿大”以及“中国—荷兰”现行的税收协定；

---

① 在新的企业所得税法生效实施之后，该文已经全文废止。现在应该按照 59 号文的规定处理。

二是中国对该份所得的征税权取决于转让方持有的中国居民公司股权是否达到 25%，在这种情况下，若转让方持有股权低于 25%，那么中国无权对该股权转让所得征税。[①] 如“内地—香港”、“中国—新加坡”税收协定（安排）；

三是，中国无权对该股权转让所得征税，如“中国—韩国”税收协定。

根据中国对外签署的税收协定，假设有一加拿大公司将其持有的中国居民公司股权转让给其 100% 直接控股韩国子公司，此种情况下，根据 72 号公告规定，因该股权由中国应征预提税的国家转让到了不征预提税的国家，所以不能适用特殊性税务处理。此外，如果将股权转让到未与我国签署税收协定的国家或地区（如 BVI、开曼群岛），因中国征收预提所得税的权利不会产生变化，应当允许适用特殊性税务处理。

但当加拿大公司将其持有的中国居民公司股权转让给其 100% 直接控股香港子公司，因内地—香港间的税收安排，中国未来对该股权转让所得是否具有征税权将取决于该股权在中国居民公司所占的比重。如果该被转让的股权相当于中国居民公司 25% 以上的股权，在日后香港公司转让该份股权时，中国仍将有权对产生的所得征收 10% 预提税；如果该股权仅相当于中国居民公司 25% 以下的股权，中国将无权对日后转让产生的所得征税。在处理此类问题时，是要参考该份股权是否相当于中国居民公司 25% 股权，还是因内地—香港税收安排中存在不征税的条款，一概视为股权转让所得预提税负产生了变化，72 号公告并未进行说明，我们期待税务总局在将来的解读或是后续发文中能够明确这一问题。

此外，在中国对外签订的税收协定中有部分协定规定到，若公司财产直接或间接由位于中国的不动产组成，无论股权比重为多少，中国都拥有征税权，值得注意的是，也有部分税收协定并未包含这一条款。这意味着当跨境重组中涉及此类性质的股权时，股权转让预提税变化问题将会显得更加复杂。

2. 仅限于“股权转让所得”的预提税负担变化

在实务中，由于非居民企业转让其持有的居民企业的股权给 100% 直接控股的另一非居民企业，如果非居民企业（转让方）和另一非居民企业（收购方）

---

① 笔者注：内地—香港第二议定书修订了该规定。原《安排》的规定是：“五、转让第四款所述以外的任何股份取得的收益，而该项股份相当于一方居民公司至少 25% 的股权，可以在该一方征税。”修订为：“五、除第四款外，一方居民转让其在另一方居民公司资本中的股份或其他权利取得的收益，如果该收益人在转让行为前的十二个月内，曾经直接或间接参与该公司至少百分之二十五的资本，可以在该另一方征税。”

不属于同一国家，即使“财产收益”的预提所得税率没有变化，但是依然可能导致转让前后非居民企业股息的预提所得税税负产生变化。此时，是否可以适用特殊性税务处理？72 号公告对此进行了明确，仅指“股权转让所得”的预提税负担变化，并没有包含“股息”的预提税负担变化。

72 号公告第八条规定：“非居民企业发生股权转让属于《通知》第七条第（一）项情形且选择特殊性税务处理的，转让方和受让方不在同一国家或地区的，若被转让企业股权转让前的未分配利润在转让后分配给受让方的，不享受受让方所在国家（地区）与中国签订的税收协定（含税收安排）的股息减税优惠待遇，并由被转让企业按税法相关规定代扣代缴企业所得税，到其所在地所得税主管税务机关申报缴纳。”从该规定来看，股息预提所得税负担的变化并不构成重组当事方适用特殊性税务处理的障碍。只是如果导致转让后受让方因与我国签署有税收协定（含税收安排）的股息减税优惠待遇的，若被转让企业股权转让前的未分配利润在转让后分配给受让方的，不得享受该优惠待遇，并由被转让企业按税法相关规定代扣代缴企业所得税，到其所在地所得税主管税务机关申报缴纳。譬如，某美国企业将其 100% 控股的中国居民企业的股权转让给其 100% 控股的某香港企业，中国居民企业在被转让后分配其转让前的未分配利润给香港企业的，不能享受内地与香港税收安排对股息所得减按 5% 的优惠税率。

但是，在实务中我们还可能遇到导致股息预提所得税提高的情形，72 号文并没有规定如何进行处理。让我们做如下分析：

【疑难问题 21 – 2】 如果股权转让导致股息预提所得税率提高如何进行处理？

假定，A 公司（香港居民企业）持有 B 公司（中国居民企业）100% 股权，A 公司还持有 C 公司（美国居民企业）100% 股权。现在，A 公司将其持有的 B 公司 100% 股权转让给 C 公司，C 公司增发股份作为对价支付给 A 公司。

【解析】 1. 根据中美签订的税收协定的规定，中美之间的股权转让所得预提所得税率为 10%，内地—香港之间的股权转让所得预提所得税率为 10%，因此，该股权转让并没有导致股权转让所得预提税负担变化，如果其他条件都满足的话，可以选择适用特殊性税务处理；

2. 中美之间的股息预提所得税率为 10%，由于内地—香港之间的股息预提所得税率为 5%。因此，在股权转让之后，B 公司股权转让之前的未分配利润在转让后分配给 C 公司时不但没有更优惠的待遇，反而将面临更高的预提所得税。那么，如何进行处理呢？似乎唯一的办法就是，在股权转让重组之前进行股息

分配。但实务中，不是所有的情况下股息都可以轻松分红的，尤其在多股东下更是如此。所以，如果72号公告强调在股息预提所得税负担增加的情况下，可以适用原转让前的税率是否更显得税收中性。

（四）转让方非居民企业向主管税务机关书面承诺在3年（含3年）内不转让其拥有受让方非居民企业的股权

应该讲，本规定比较明确。实务中存在争议的是，该3年承诺期到底从什么时候起算。笔者认为，此处的3年（含3年）应当参照4号公告第十九条的规定，从重组日起计算的连续36个月。

同时，对于股权转让之后，受让方非居民企业清算分配、受让方非居民企业和转让方非居民企业合并、受让方非居民企业被转让给关联公司集团内另一家100%控股的非居民企业等情形发生时是否违反上述3年持有期的规定是需要明确的事情。笔者认为，应当基于“实质重于形式”原则进行具体分析。比如，对于受让方非居民企业清算分配，如果在清算分配中，受让方非居民企业将其持有的股权直接清算分配给转让方非居民企业，则该交易并不属于股权的转让，因为持股状态又恢复到股权转让之前。如果受让方非居民企业将股权出售给第三方后清算分配对价给转让方非居民企业，则该股权的处置属于股权转让；对于受让方非居民企业和转让方非居民企业合并，又可以分为两种情形：一是，受让方非居民企业吸收合并转让方非居民企业，此时，受让方非居民企业并没有转让持有的境内企业的股权；二是，转让方非居民企业吸收合并受让方非居民企业，此时，持股状态又恢复到股权转让之前，不属于股权的转让。对于受让方非居民企业被转让给关联公司集团内另一家100%控股的非居民企业，笔者以为，按照给予特殊性税务处理的税法原理，应当不视同为股权转让，因为这样的股权转让仅仅局限在集团内部。

最后，让我们以一个“境外—境外”模式所得税特殊性税务处理的例子来结束本部分的讨论。

【例21－1】“境外—境外”模式下的特殊性税务处理

假定，A公司［英属维尔京群岛（BVI）离岸公司］持有B公司（中国居民企业）100%股权，A公司还持有C公司（香港居民企业）100%股权。现在，基于合理的商业整合的需要，A公司将其持有的B公司100%股权转让给C公司，C公司增发价值1000万美元的股份作为对价支付给A公司。A公司承诺在重组完成后3年内不转让持有的C公司股权。C公司承诺在重组完成后3年内不转让持有的B公司股权，亦不改变其实质性经营活动。

问题：本交易是否符合特殊性税务处理的条件？如何符合，如何进行企业所得税税务处理？

【解析】1. 首先判断是否符合特殊性税务处理：

（1）该交易重组当事方为 A 公司（BVI 公司）、C 公司（香港公司）和 B 公司（中国公司），属于跨境股权转让交易；

（2）受让方 C 公司属于 A 公司 100% 直接控股的非居民企业；

（3）由于中国与 BVI 并没有签署税收协定，因此，股权转让预提所得税税率为 10%；根据内地—香港税收安排以及第二议定书的规定，股权转让预提所得税税率都为 10%；同时，C 公司亦承诺在重组完成后 3 年内不转让持有的 B 公司股权。因此，根据第二议定书的规定，C 公司在转让 B 公司股权之前的 12 个月内，直接持有 B 公司 25% 以上的股权，中国享有征税权，不存在不征税的情形。因此，不存在股权转让的预提所得税负担变化；

（4）A 公司承诺在重组完成后 3 年内不转让持有的 C 公司股权；

（5）符合 59 号文第五条规定的一般条件。具有合理的商业目的，转让的 B 公司股权比例为 100%，C 公司股权支付比例为 100%，C 公司 3 年内不转让 B 公司股权并且不改变其实质性经营活动，A 公司承诺在重组完成后 3 年内不转让持有的 C 公司股权。

综上所述，该交易符合特殊性税务处理的要求。

2. 特殊性税务处理如下：

（1）C 公司取得的 B 公司股权计税基础应以 A 公司原持有 B 公司股权的计税基础 1000 万美元确定；

（2）A 公司在交易中不确认任何股权转让所得。A 公司取得的 C 公司股权的计税基础以其原持有 B 公司股权的计税基础 1000 万美元确定。

二、59 号文第七条第（二）项“境外—境内”模式的所得税处理

根据 59 号文第七条第（二）项规定：“企业发生涉及中国境内与境外之间（包括港澳台地区）的股权和资产收购交易，除应符合本通知第五条规定的条件外，还应同时符合下列条件，才可选择适用特殊性税务处理规定：（二）非居民企业向与其具有 100% 直接控股关系的居民企业转让其拥有的另一居民企业股权。”该规定实质讲述的是非居民企业将其持有的中国居民企业的股权转让给另一家居民企业（以下称为“境外—境内”模式）。

如何理解上述特殊性税务处理规定，需要注意如下两点：

一是，与“境外—境内”模式的特殊性税务处理规定相同。适用的企业重组类型只涉及股权交易，而且必须符合59号文第五条所规定的适用特殊性税务处理的要件以及第六条第（二）项规定的特别要件；

二是，非居民企业只能向与其具有100%直接控股关系的居民企业转让股权。

需要注意的是，“境外—境内”模式规定使用的是“与其具有100%直接控股关系”，与“境外—境外”模式规定使用的“其100%直接控股”具有区别。后者指转让方非居民企业只能向其100%直接控股的另一非居民企业转让股权，而前者包含两种情形：一是，“境外—境外”模式规定的涵义；二是，转让方非居民企业向对其100%直接控股的母公司转让股权。

如我们在“境外—境外”模式特殊性税务处理适用中所分析的那样，如果境外企业采用分立重组的方式将其持有的中国居民企业的股权转让给与其100%直接控股关系的中国居民企业的话，这种方式是否适用59号文第七条第（二）项的规定呢？笔者认为，按照72号公告的精神应当是适用的。72号公告之所以排除在外，可能的原因是考虑涉及跨境分立、合并的复杂性，在中国目前跨境分立、合并的法规还不完善的情形下，暂不纳入。

依据59号文的规定，非居民企业转让居民企业股权给另一家居民企业时，可能适用一般性税务处理和特殊性税务处理。相关处理的规定类似于前述的“境外—境外”模式，在此不再赘述。

三、59号文第七条第（三）项“境内—境外”模式的所得税处理

根据59号文第七条第（三）项规定：“企业发生涉及中国境内与境外之间（包括港澳台地区）的股权和资产收购交易，除应符合本通知第五条规定的条件外，还应同时符合下列条件，才可选择适用特殊性税务处理规定：（三）居民企业以其拥有的资产或股权向其100%直接控股的非居民企业进行投资。”

如何理解上述特殊性税务处理规定，需要注意如下两点：

一是，与“境外—境外”、“境外—境内”模式的特殊性税务处理规定类似。适用的企业重组类型只涉及股权和资产收购交易。必须符合59号文第五条所规定的适用特殊性税务处理的一般性要件；

二是，居民企业只能向其100%直接控股的非居民企业转让股权。

需要特别注意的是，59号文第七条第（三）项所称的股权并不一定就是持有的居民企业的股权，也可以是非居民企业的股权。此外，此类重组可能面临

的最大问题是，如果受让方为境外上市公司，根本无法达到59号文第七条第（三）项的100%直接控股条件，因此，不可能满足特殊性税务处理的要求。所以，这在一定程度上阻碍了境内居民企业对境外上市公司的投资重组行为。

对于“境内—境外”模式适用特殊重组的规定，59号文第八条规定了不同于前两种模式的税务处理方法。即应当适用“本通知第七条第（三）项所指的居民企业以其拥有的资产或股权向其100%直接控股关系的非居民企业进行投资，其资产或股权转让收益如选择特殊性税务处理，可以在10个纳税年度内均匀计入各年度应纳税所得额”的规定，而不是59号文有关境内股权收购重组的第六条第（二）项的规定，这样规定主要是防止利用跨境重组将境内资产潜在增值转移至境外，从而导致我国税收管辖权丧失或税收利益的流失。

让我们以下面的例子来进行详细说明。

【例21－2】“境内—境外”模式下的特殊性税务处理

情形一（以持有的境内居民企业股权对外投资）：假定，A公司（中国居民企业）持有B公司（中国居民企业）100%股权（计税基础800万元，公允价值1000万元）。A公司还持有C公司（香港居民企业）100%股权。现在，基于合理的商业整合的需要，A公司将其持有的B公司100%股权转让给C公司，C公司增发价值1000万元的股份作为对价支付给A公司。

问题：本交易是否符合特殊性税务处理的条件？如果符合，如何进行企业所得税税务处理？

【解析】1. 该股权转让交易符合59号文第七条第（三）项的规定，同时，股权支付比例为100%＞85%，被收购的股权比例为100%＞50%，假定特殊性税务处理的其他要求也满足，因此可以选择适用特殊性税务处理；

2. 如果适用59号文第六条第（二）项规定，则A公司不确认股权转让收益（200万元），A公司持有的C公司股权的计税基础为800万元，C公司持有的B公司股权的计税基础为800万元。假定，C公司在以后以1000万元的价格向不具有关联关系的收购方转让其持有的B公司股权，则C公司将确认来源于中国境内的所得200万元，按照内地—香港税收安排的约定，如香港居民持有我国企业25%以上股权，则对香港居民只征收10%的预提所得税。因此，B公司代扣代缴20万元的所得税；

3. 根据59号文第八条的规定，A公司转让持有的B公司100%股权给C公司时实现的转让收益为200万元，按25%税率计算缴纳的所得税为50万元，由于适用特殊性税务处理，可以在10年平均计入，即每年缴纳5万元所得税；

4. 将2、3 两种处理方式进行比较可以得出，如果仍然采用 59 号文第六条第（二）项规定处理，将导致我国税收利益的流失。

情形二（以持有的境外居民企业股权对外投资）：假定，A 公司（中国居民企业）持有 B 公司（香港居民企业）100% 股权（计税基础 800 万元，公允价值 1000 万元）。A 公司还持有 C 公司（香港居民企业）100% 股权。现在，基于合理的商业整合的需要，A 公司将其持有的 B 公司 100% 股权转让给 C 公司，C 公司增发价值 1000 万元的股份作为对价支付给 A 公司。

问题：本交易是否符合特殊性税务处理的条件？如果符合，如何进行企业所得税税务处理？

【解析】1. 该股权转让交易符合 59 号文第七条第（三）项的规定，同时，股权支付比例为 100% >85%，被收购的股权比例为 100% >50%，假定特殊性税务处理的其他要求也满足，因此可以选择适用特殊性税务处理；

2. 如果适用 59 号文第六条第（二）项规定，则 A 公司不确认股权转让收益（200 万元），A 公司持有的 C 公司股权的计税基础为 800 万元，C 公司持有的 B 公司股权的计税基础为 800 万元。假定，C 公司在以后以 1,000 万元的价格向不具有关联关系的收购方转让其持有的 B 公司股权，则 C 公司将确认来源于香港的所得 200 万元，此时，我国将丧失税收管辖权。根据香港税法的规定，香港不存在资本利得税，所以对来源于香港的资本利得不存在税收；

3. 根据 59 号文第八条的规定，A 公司转让持有的 B 公司 100% 股权给 C 公司时实现的转让收益为 200 万元，按 25% 税率计算缴纳的所得税为 50 万元，由于适用特殊性税务处理，可以在 10 年平均计入，即每年缴纳 5 万元所得税；

4. 将上述第 2、3 两种处理方式进行比较可以得出，如果仍然采用 59 号文第六条第（二）项规定处理，将导致我国税收管辖权的丧失。

专题22：非居民企业转让境内企业股权的所得税问题

内容概览

尽管59号文对非居民企业转让境内企业股权的所得税处理进行了明确的规定，但在实践中，依然存在一些适用疑难和争议。在本专题中，笔者将集中介绍最主要的9个方面的问题。本专题包含如下内容：

■ 非居民企业直接转让境内企业股权的所得税问题——以国税函［2009］698号文为中心

▶股权转让所得的确定

▶股权转让所得的外币折算问题——698号文第四条的适用

■ 非居民企业间接转让境内企业股权的所得税问题——以2015年第7号公告为中心

▶什么是中国居民企业股权等财产

▶什么是间接转让中国应税财产

▶间接转让中国应税财产所得的确定

▶合理商业目的的判定

▶直接认定为不具有合理商业目的情形及其例外

■ 境外间接股权转让的所得划分、成本确定及税款缴纳——以国家税务总局首次公开批复税总函［2013］82号文为中心

■ 境外间接股权转让认定的新思路——首例认定中国居民企业征税案

为规范日益活跃的非居民企业股权转让重组交易，国家税务总局出台了《国家税务总局关于印发特别纳税调整实施办法（试行）的通知》（国税发［2009］2号，下称“2号文”）、《国家税务总局关于印发〈非居民企业所得税源泉扣缴管理暂行办法〉的通知》（国税发［2009］3号，下称“3号文”）、《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》（国

税函［2009］698号，下称“698号文”)、[①]《国家税务总局关于非居民企业所得税管理若干问题的公告》(国家税务总局公告2011年第24号，下称“24号公告”)[②] 以及《国家税务总局关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》(国家税务总局公告2015年第7号，下称“7号公告”)，进一步明确了加强非居民企业转让股权所得税管理的相关措施。特别是7号公告针对非居民企业通过境外控股公司间接转让境内企业股权的反避税进行了详细的规定，非常值得我们关注。

一、非居民企业直接转让境内企业股权的所得税问题——以国税函［2009］698号文为中心

(一) 股权转让所得的确定

698号文第三条规定：“股权转让所得是指股权转让价减除股权成本价的差额。股权转让价是指股权转让人就转让的股权所收取的包括现金、非货币资产或者权益等形式的金额。如被持股企业有未分配利润或税后提存的各项基金等，股权转让人随股权一并转让该股东留存收益权的金额，不得从股权转让价中扣除。股权成本价是指股权转让人投资入股时向中国居民企业实际交付的出资金额，或购买该项股权时向该股权的原转让人实际支付的股权转让金额。”

上述规定实质明确了股权转让价和股权成本价的确定规则。同时，再次明确在确认股权转让价时，随股权一并转让该股东留存收益部分的金额，不得从股权转让价中扣除。这与《关于贯彻落实企业所得税法若干税收问题的通知》(国税函［2010］79号) 第三条“关于股权转让所得确认和计算问题”的规定“企业转让股权收入，应于转让协议生效、且完成股权变更手续时，确认收入的实现。转让股权收入扣除为取得该股权所发生的成本后，为股权转让所得。企业在计算股权转让所得时，不得扣除被投资企业未分配利润等股东留存收益中按该项股权所可能分配的金额”保持一致。

---

① 笔者注：698号文部分条款失效。根据《国家税务总局关于非居民企业股权转让适用特殊性税务处理有关问题的公告》(国家税务总局2013年第72号) 的规定，698号文第九条自2013年12月11日起废止；根据《国家税务总局关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》(国家税务总局公告2015年第7号) 的规定，698号文第五条、第六条自2015年2月3日起废止。

② 笔者注：24号公告部分条款失效。根据《国家税务总局关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》(国家税务总局公告2015年第7号) 的规定，24号公告第六条第 (三)、(四)、(五) 项自2015年2月3日起废止。

（二）股权转让所得的外币折算问题——698 号文第四条的适用

698 号文第四条规定：“在计算股权转让所得时，以非居民企业向被转让股权的中国居民企业投资时或向原投资方购买该股权时的币种计算股权转让价和股权成本价。如果同一非居民企业存在多次投资的，以首次投入资本时的币种计算股权转让价和股权成本价，以加权平均法计算股权成本价；多次投资时币种不一致的，则应按照每次投入资本当日的汇率换算成首次投资时的币种。”

由于非居民企业投资时，投资币种往往是外币。在非居民企业股权转让所得时，如何进行外币的折算是一个非常重要的问题。对此，698 号文第四条给予了明确的规定，即首次投资币种成为非居民企业股权转让价和股权成本价外币折算的标准。需要注意的是，698 号文有如下两个细节的问题没有明确：

问题一：698 号文明确了股权成本价折算为首次投资时币种的，按照投入资本当日的汇率换算成首次投资时的币种。但是，当股权转让价的币种与首次投资时的币种不一致时，股权转让价采用何时的汇率进行折算并不明确；

问题二：当按照首次投资时币种计算得出股权转让所得后，究竟以何时的汇率折算为人民币，是以股权转让合同签订当天汇率，或是股权变更登记完成之日，还是以扣缴义务人扣缴税款当天汇率折算？亦不明确。

笔者认为：（1）对于问题一，根据《企业所得税法》第三十七条的规定：“对非居民企业取得本法第三条第三款规定的所得应缴纳的所得税，实行源泉扣缴，以支付人为扣缴义务人。税款由扣缴义务人在每次支付或者到期应支付时，从支付或者到期应支付的款项中扣缴。”第四十条规定：“扣缴义务人每次代扣的税款，应当自代扣之日起七日内缴入国库，并向所在地的税务机关报送扣缴企业所得税报告表。”3 号文第九条规定：“扣缴义务人对外支付或者到期应支付的款项为人民币以外货币的，在申报扣缴企业所得税时，应当按照扣缴当日国家公布的人民币汇率中间价，折合成人民币计算应纳税所得额。”这里，折算的汇率应该用扣缴义务人扣缴税款当日的汇率折算，并不是申报扣缴企业所得税当日的汇率；（2）对于问题二，698 号文并没有明确，3 号文也没有明确。但可以参照《国家税务总局关于沃尔玛收购好又多股权事项的批复》（税总函［2013］82 号）“沃尔玛收购好又多非居民企业所得税征税方案”第二条“税款计算”第（四）项“应纳税所得额”的规定，“根据《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》（国税函〔2009〕698 号）第三条、第四条，《国家税务总局关于印发〈非居民企业所得税源泉扣缴管理暂行办法〉的通知》（国税发［2009］3 号）第九条的有关规定，各好又多公司的股

权转让所得为股权转让收入减去股权转让成本。其中，初始投资为美元的公司，以美元股权转让收入减去美元股权转让成本计算美元股权转让所得，再按照企业缴税当日国家公布的人民币汇率中间价折合成人民币；初始投资为人民币的公司，按照企业交易当日（2012 年 6 月 15 日）国家公布的人民币汇率中间价，将美元股权转让收入折合成人民币，再减去人民币股权转让成本计算股权转让所得”执行。尽管这仅仅是有关间接股权转让的一个个案批复函，不具有普适效力，但这代表了国家税务总局对以外币计算的股权转让所得按何时的汇率折算为人民币所得的立场和态度。

让我们以如下的两个示例来进行说明：

【例 22－1】 非居民企业向另一非居民企业转让股权所得的外币折算问题

假定，2010 年 1 月 1 日，A 公司（美国公司）向 B 公司（中国居民企业）投资 1000 万美元，投资当日汇率为 6.82。2013 年 4 月 30 日，A 公司将其持有 B 股权全部转让给 C 公司（香港居民企业），股权转让价款为 1200 万美元，于 2013 年 6 月 30 日支付，当日的美元对人民币汇率中间价为 6.13。2013 年 5 月 31 日，B 公司完成股权变更登记手续，当日的美元对人民币汇率中间价为 6.15。C 公司于 2013 年 7 月 3 日履行扣缴税款的申报缴纳义务，7 月 3 日美元对人民币汇率中间价为 6.17。

问题：如何计算本次股权转让所得？

【解析】 根据 698 号文第四条规定，股权转让价和股权成本价皆应按照汇率折算为首次投资时的币种。在本例中，则应折算为美元来计算股权转让所得。

1. 本交易采用美元作价，而 A 公司首次投资时采用美元投入。因此，股权转让价为 1200 万美元；

2. 对于股权成本价应按投资时汇率 6.82 折算为 1000 万美元（6820/6.82）；

3. 股权转让所得 = 1200 － 1000 = 200（万美元）。参照《国家税务总局关于沃尔玛收购好又多股权事项的批复》（税总函［2013］82 号）意见，以美元计算的股权转让所得应按照“企业缴税当日国家公布的人民币汇率中间价折合成人民币”，即应按照与股权转让价同样的汇率来折算，亦即按 2013 年 6 月 30 的美元对人民币汇率中间价 6.13 折算。因此，股权转让所得 = 200 × 6.13 = 1226（万人民币）。

上例展示了问题二股权转让所得的折算问题。下面，我们再以下例来展示问题一的股权转让价折算问题。

【例 22－2】非居民企业向居民企业转让股权所得的外币折算问题

基本事实同【例 22－1】。除了如下事实：2013 年 4 月 30 日，A 公司将其持有 B 股权全部转让给 C 公司（中国居民企业），股权转让价款为 7200 万元人民币。

问题：如何计算本次股权转让所得？

【解析】根据 698 号文第四条规定，股权转让价和股权成本价皆应按照汇率折算为首次投资时的币种。在本例中，则应折算为美元来计算股权转让所得。

1. 对于股权成本价应按汇率 6.82 折算为 1000 万美元（6820/6.82）；

2. 但是，698 号文并没有明确股权转让价按照何时的汇率进行折算，根据《企业所得税法》第三十七条和第四十条规定，扣缴义务发生时间为支付或到期应支付转让款的当日（本例为 2013 年 6 月 30 日），而代扣之日起 7 日内为税款申报缴纳的时间（本例实际申报时间为 2013 年 7 月 3 日）。根据国税发［2009］3 号文第九条规定，应按照扣缴税款当日的汇率折算。即应按照 2013 年 6 月 30 日的汇率折算。因此，股权转让价＝7200/6.13＝1174.55（万美元）；

3. 股权转让所得＝1174.55－1000＝174.55（万美元）。参照《国家税务总局关于沃尔玛收购好又多股权事项的批复》（税总函［2013］82 号）意见，按 2013 年 6 月 30 日的美元对人民币汇率中间价 6.13 折算。因此，股权转让转让所得＝174.55×6.13＝1069.99（万人民币）。

在实践中，非居民企业因对 698 号文的“误读”还导致了另外一种股权转让所得的计算方法，这实际是对 698 号文第四条折算方法的一种“质疑”。譬如，在【例 22－2】中，非居民企业对居民企业股权转让以人民币作价时，股权转让非居民企业可以争执的一种计算方法是：股权转让所得＝7200－1000×6.82＝380（万人民币），与该例先换算为美元再折回人民币计算差异很大。其原因在于人民币升值很多，折算的股权转让美元价增大导致计算的股权转让所得人民币增大很多。但是，如果人民币贬值的情况下，折算的股权转让美元价将减少，从而导致计算的股权转让所得人民币减少很多。假定，2013 年 6 月 30 日的美元对人民币汇率中间价为 6.95，则股权转让所得（人民币）＝（7200/6.95－1000）×6.95＝35.97×6.95＝249.99（万元）。如果直接按照人民币来计算股权转让所得的话，如前所述，股权转让所得为 380 万人民币，显然这个时候比按照美元来计算对国家税收更有利。同时，这样的计算思路遵从了《企业所得税法实施条例》规定的“成本计税基础”的原则，并不人为地调整标的股权的计税基础的历史成本。比如，在【例 22－2】中，标的股权的计税基础为 6820 万人民币，在按 698 号文方法计算时人为调整为 6130 万人民币。而直接

按照人民币计算股权转让所得的方法，无论是在以外币作价或者以人民币作价时，都将保持标的股权的计税基础历史成本 6820 万元人民币不变。

所以，698 号文第四条的规定，显然更适用于非居民企业向非居民企业转让境内企居民业股权并以外币作价时的情形，而非居民企业向境内居民企业转让境内另一居民企业股权并以人民币作价时则显然值得商榷。

（三）股权转让所得的确认时点

与国税函［2010］79 号文规定一致，24 号公告第六条第（一）项规定："非居民企业直接转让中国境内居民企业股权，如果股权转让合同或协议约定采取分期付款方式的，应于合同或协议生效且完成股权变更手续时，确认收入实现。"

（四）股权转让所得税以源泉扣缴为主和自行申报为辅

根据 3 号文的规定，扣缴义务人在每次向非居民企业支付或者到期应支付本办法第三条规定的所得时，应从支付或者到期应支付的款项中扣缴企业所得税。本条所称到期应支付的款项，是指支付人按照权责发生制原则应当计入相关成本、费用的应付款项。扣缴义务人每次代扣代缴税款时，应当向其主管税务机关报送《中华人民共和国扣缴企业所得税报告表》（以下简称扣缴表）及相关资料，并自代扣之日起 7 日内缴入国库。698 号文进一步重申，扣缴义务人未依法扣缴或者无法履行扣缴义务的，非居民企业应自合同、协议约定的股权转让之日（如果转让方提前取得股权转让收入的，应自实际取得股权转让收入之日）起 7 日内，到被转让股权的中国居民企业所在地主管税务机关（负责该居民企业所得税征管的税务机关）申报缴纳企业所得税。非居民企业未按期如实申报的，依照《税收征管法》有关规定处理。对于股权转让交易双方为非居民企业且在境外交易的，3 号文规定由取得所得的非居民企业自行或委托代理人向被转让股权的境内企业所在地主管税务机关申报纳税。被转让股权的境内企业应协助税务机关向非居民企业征缴税款。如果非居民企业拒绝代扣税款的，3 号文规定扣缴义务人应当暂停支付相当于非居民企业应纳税款的款项，并在 1 日之内向其主管税务机关报告，并报送书面情况说明。关于扣缴义务以及享受协定优惠待遇问题，大家要参照 3 号文的规定执行。

二、非居民企业间接转让境内企业股权的所得税问题——以 2015 年第 7 号公告为中心

2015 年 2 月 3 日，国家税务总局发布了 7 号公告并于该日起施行。这是继 2009 年 698 号文以及 2011 年 24 号公告之后，再次就非居民企业间接转让中国

居民企业股权等财产的税务处理发布规范性文件。

（一）7 号公告、698 号文和 59 号文的适用

根据 7 号公告第十九条的规定，698 号文第五条、第六条以及 24 号公告第六条第（三）、（四）、（五）项被废止，而 698 号文原第五条、第六条正是对境外投资方间接转让中国居民企业股权和滥用组织形式等安排间接转让中国居民企业股权，且不具有合理的商业目的，规避企业所得税纳税义务的情形作出的一般反避税规定。24 号公告第六条第（三）、（四）、（五）项仅是对 698 号文的间接股权转让条款作了更详细的解释。同时，7 号公告第一条第一款规定："非居民企业通过实施不具有合理商业目的的安排，间接转让中国居民企业股权等财产，规避企业所得税纳税义务的，应按照企业所得税法第四十七条的规定，重新定性该间接转让交易，确认为直接转让中国居民企业股权等财产。"7 号公告第一条第二款规定："本公告所称中国居民企业股权等财产，是指非居民企业直接持有，且转让取得的所得按照中国税法规定，应在中国缴纳企业所得税的中国境内机构、场所财产，中国境内不动产，在中国居民企业的权益性投资资产等（以下称中国应税财产）。"根据 7 号公告第二条的规定，中国应税财产包括三类："中国境内机构场所财产"、"中国境内不动产"和"在中国居民企业的权益性投资资产"。可见，7 号公告适用于前述三类中国应税财产的间接转让，比 698 号文原第五条、第六条仅仅适用于中国居民企业股权的间接转让更宽泛。实际上，698 号文规范的仅仅属于前述的第三类财产"在中国居民企业的权益性投资资产"。因此，从 2015 年 2 月 3 日之后，7 号公告将适用于中国应税财产（包括非居民企业间接转让中国居民企业股权）的间接转让，698 号文则仅适用于非居民企业发生直接转让中国居民企业股权的情形。

根据 7 号公告的相关规定（详见后文），如果非居民企业间接转让中国应税股权财产交易被重新认定为直接转让中国应税股权财产交易的，还需要判断是否适用 59 号文第七条有关跨境重组交易特殊性税务处理的规定。如果满足 59 号文的相关要求，则依然可以适用特殊性税务的规定（见【例 22－5】情形三）。

综上所述，7 号公告、698 号文和 59 号文在规范非居民企业间接转让中国应税财产（股权）时充当了不同的角色。笔者将其适用范围总结如下表 22－1：

表 22－1：7 号公告、698 号文和 59 号文在非居民企业间接转让中的分工

交易情形	适用法规
非居民企业直接转让中国居民企业股权	国税函［2009］698 号
非居民企业间接转让中国居民企业股权①	国税总局 2015 年第 7 号公告
非居民企业间接转让中国居民企业被重新认定为直接转让中国居民企业股权	国税函［2009］698 号、财税［2009］59 号

注：①7 号公告还规定非居民企业间接转让中国境内机构、场所财产、中国境内不动产的情形。

（二）7 号公告的框架结构

7 号公告对非居民企业间接转让中国居民应税财产交易进行了规范，其框架结构如下表 22－2：

表 22－2：7 号公告的框架结构

公告条款	情形及内容	
第 1 条	规定了不具有合理商业目的的间接转让中国居民企业股权等财产的交易可以重新认定为直接转让中国居民企业股权等财产；还规定了“中国居民企业股权等财产”、“中国应税财产”、“间接转让中国应税财产”等的定义。	
第 2 条	规定了“间接转让中国应税财产所得”的涵义及税务处理的顺序	
第 3 条	综合考量因素	判断“合理商业目的”需要综合考量的因素
第 4 条	直接认定规则	直接认定为不具有“合理商业目的”的情形
第 5 条	“安全港”规则	直接认定为具有“合理商业目的”的情形
第 6 条	“集团内部重组安全港”规则	符合三项条件的非居民企业间接转让中国应税财产的交易应认定为具有“合理商业目的”
第 7－13 条	第七至十三条主要属于征管方面的规定。包括计入纳税年度、扣缴义务人、提交资料、立案和调查、征管机关、惩罚等	
第 14 条	规定了 7 号公告的适用应税所得的范围	
第 15 条	规定了纳税义务发生时间	
第 16－17 条	对“主管税务机关”、“以上”作出定义	
第 18 条	规定公告与税收协定不一致的，以税收协定为准	
第 19 条	规定实施日期及对 698 号文、24 号公告部分条款的废止	

从上表来看，其最核心的条款就是第三条至第六条有关“合理商业目的”判定的规则。笔者也将主要围绕这部分来展开讨论。

（三）7号公告适用的范围及基本概念

1. 中国居民企业股权等财产的概念

7号公告明确规定其适用于非居民企业“间接转让中国居民企业股权等财产”,① 而“中国居民企业股权等财产”是指“非居民企业直接持有，且转让取得的所得按照中国税法规定，应在中国缴纳企业所得税的中国境内机构、场所财产，中国境内不动产，在中国居民企业的权益性投资资产等（以下称中国应税财产）”。②“间接转让中国应税财产”是指“非居民企业通过转让直接或间接持有中国应税财产的境外企业（不含境外注册中国居民企业，以下称境外企业）股权及其他类似权益（以下称股权），产生与直接转让中国应税财产相同或相近实质结果的交易，包括非居民企业重组引起境外企业股东发生变化的情形。间接转让中国应税财产的非居民企业称股权转让方”。③ 为了更清晰地理解和适用前述概念，笔者以下例来进行说明：

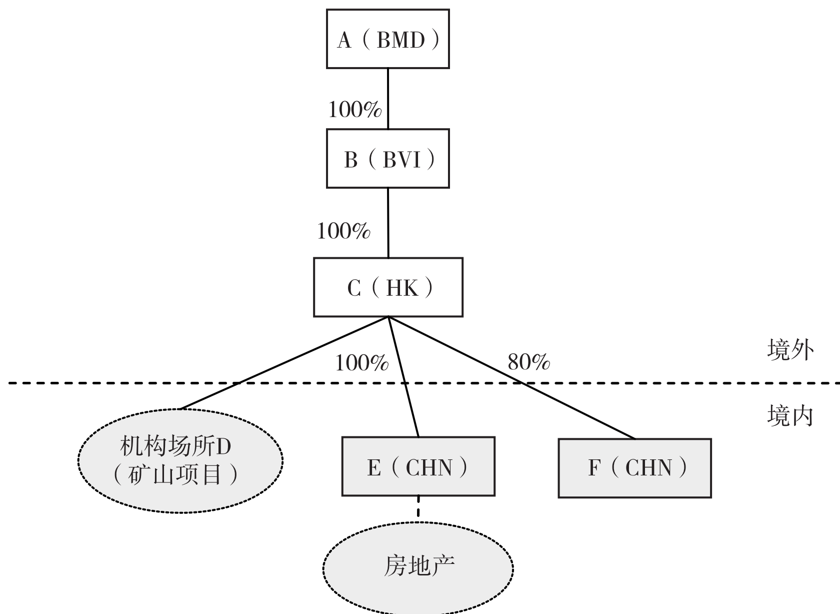
【例22－3】“中国应税财产”及“间接转让中国应税财产”的理解和适用

假定，A公司（百慕大公司）持有100%的B公司（BVI公司）股权，B公司持有100%的C公司（香港公司）股权，C公司持有80%的F公司（中国居民企业）股权。同时，C公司还在中国境内设立了机构、场所D（符合常设机构的矿山项目），C公司还通过持有E公司100%股权在中国拥有房地产。参见下图：

① 7号公告第一条第一款。

② 7号公告第一条第二款。

③ 7号公告第一条第三款。



则，在本案例中：

首先，“中国应税财产”的判定需要满足三个条件：一是，非居民企业直接持有；二是，转让取得的所得按照中国税法规定，应在中国缴纳企业所得税；三是，属于构成中国境内财产的三大类别（“中国境内机构场所财产”、“中国境内不动产”和“在中国居民企业的权益性投资资产”）。该定义是站在非居民企业直接持有的角度来进行解释的。这意味着，在判断非居民企业间接转让“中国应税财产”是否需要重新认定为直接转让“中国应税财产”时，需要先假定直接或间接持有中国应税财产的境外企业（下称境外企业）并不存在，就像该非居民企业直接持有中国境内财产一样。此时，再按照前述第二个条件来判断是否在中国应税。如果满足的，则中国境内财产构成“中国应税财产”；反之，则不构成。

譬如，在 A 公司转让 B 公司股权时，我们首先需要假定 B、C 公司并不存在，视 A 公司直接持有对应的中国境内财产，由于百慕大与中国之间并无税收协定，且依据中国税法的规定，由于 D（矿山项目）构成机构场所，A 公司应就直接转让其拥有的中国境内机构场所 D 的财产所得在中国应税（25% 税率）；A 公司直接转让其拥有 E 公司股权（中国境内房地产）在中国应税（10% 预提税率）；A 公司直接转让其持有的 D 公司股权在中国亦应税（10% 预提税率），因此该等中国境内财产构成“中国应税财产”。

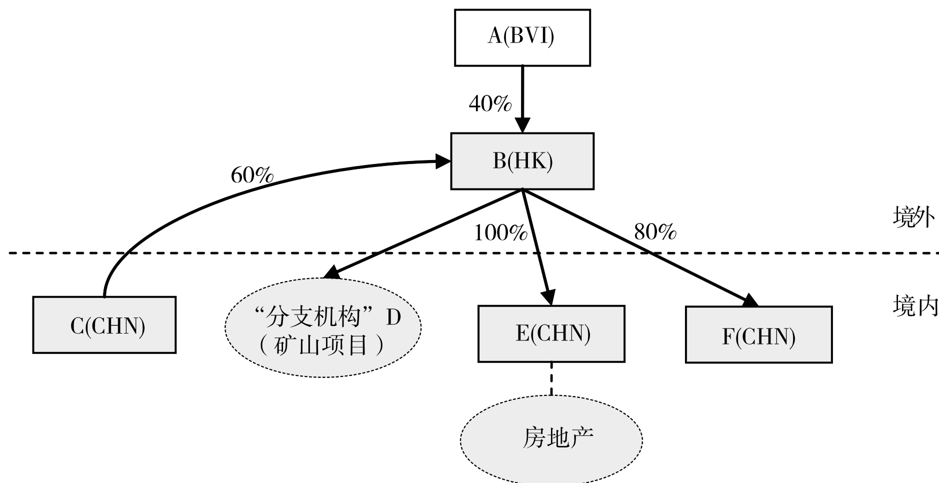
再譬如，假定上图的B公司系香港公司，其他事实不变。在B公司转让C公司股权时，依据内地—香港税收安排和第二议定书的规定，如果B公司转让视同直接持有的F公司的股权比例在转让前12个月内低于25%的话，则中国对B公司转让F公司股权所得无征税权。在本例中，由于B公司直接持有F公司的股权比例为80%（100%×80%），大于25%，因此中国享有征税权，且依据中国税法规定，B公司在中国有纳税义务（预提税率10%），因此F公司股权资产构成“中国应税财产”。如果计算的股权比例小于25%的，则B公司在中国无纳税义务，此时，该F公司股权资产不构成“中国应税财产”，但对于中国境内常设机构D财产和E公司股权（不动产）而言，依然构成“中国应税财产”。

其次，“间接转让中国应税财产”的判定需要满足二个条件：一是，非居民企业间接转让直接或间接持有中国应税财产的境外企业股权或者非居民企业重组引起境外企业股东发生变化的情形；二是，产生与直接转让中国应税财产相同或相近实质结果。在本例中，如果A公司转让其持有的B公司股权，则该股权转让行为属于间接转让间接持有中国应税财产的B公司股权的交易行为，同时还产生与A公司直接转让中国应税财产相同的实质结果，因此，A公司转让其持有的B公司股权的行为属于“间接转让中国应税财产”。

【疑难问题22－1】为什么“间接转让中国应税财产”的定义排除了“境外注册中国居民企业”？

7号公告第一条第三款在定义“间接转让中国应税财产”时，将“境外注册中国居民企业”排除在“境外企业”之外。为什么要这样规定？是基于什么考虑？笔者认为，根据《国家税务总局关于境外注册中资企业依据实际管理机构标准认定为居民企业有关问题的通知》（国税发［2009］82号）的规定，如果境外注册中资企业被认定为中国居民企业，而非居民企业转让其持有的该境外注册居民企业的股权是否应认定为“间接转让中国应税财产”呢？让我们以下例来展开讨论。

假定，B公司（香港公司）属于C公司（中国公司）持股60%的受控子公司。假定国税发［2009］82号要求的其他认定条件都满足，并且B公司（香港公司）在企业所得税法上被认定为中国居民企业。现，A公司对外转让其持有的B公司40%股权。有关股权架构图如下：



首先，对于中国境内F公司股权资产、E公司股权（中国境内房地产）而言，由于不属于非居民企业直接持有，不构成“中国应税财产”；但对于所谓的“机构场所”D（矿山项目）不构成非居民企业的“机构场所”，应属于居民企业在境内的“分支机构”，不构成7号公告下“中国应税财产”。

其次，非居民企业A公司间接转让直接持有中国应税财产的境外企业B公司40%股权。此时，是否应认定为非居民企业“间接转让中国应税财产”呢？笔者认为，根据7号公告的规定，由于B公司属于境外注册中国居民企业，不构成境外企业，不应被认定为非居民企业“间接转让中国应税财产”。由于B公司在企业所得税法上属于中国居民企业，A公司转让其持有的B公司股权应受前述698号文规范，属于“直接”转让中国应税财产而不是“间接”转让中国应税财产，其来源于B公司股权转让的所得应直接按照698号文和《企业所得税法》第三条三款规定：“非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税。”按照10%的税率缴纳企业所得税。

最后，假定B公司属于境外企业，则该交易被界定为A公司“间接”转让中国应税财产，并被重新认定为直接转让中国应税财产（即重新认定为A公司直接转让中国应税财产），则：

（1）对分支机构D财产和E公司股权（中国境内房地产），依据内地—香

港税收安排第十三条“财产收益”[①] 以及《企业所得税法实施条例》第七条第（三）项[②]的规定，非居民企业A公司转让位于中国境内的不动产、常设机构营业财产部分的动产应依不动产所在地或常设机构所在地确定所得来源地。同时，根据《企业所得税法》第三条第二款规定：“非居民企业在中国境内设立机构、场所的，应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得，以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得，缴纳企业所得税。”因此，对于A公司转让分支机构D的财产取得的所得不适用该第二款的规定，应适用《企业所得税法》第三条三款规定：“非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税。”因此，应属于来源于中国境内的所得，按照10%税率缴纳所得税；对于A公司转让E公司股权（中国境内房地产），同样依据《企业所得税法》第三条第三款的规定，按照10%税率缴纳所得税；

（2）对于F公司股权，依据内地—香港税收安排第十三条“财产收益”和《企业所得税法》第三条第三款规定，按照10%预提所得税率缴纳所得税。

从上述分析可以看出，如果此情形下将“境外注册中国居民企业”（B公司）包含在“境外企业”中，对于中国应税财产而言，与按照非居民企业（A公司）直接转让境内居民企业（B公司）股权处理相比，没有区别。因此，将“境外注册中国居民企业”排除在“境外企业”之外，并按照非居民企业直接转让境内居民企业股权处理并不会导致我国税收减少，并且适用简捷。

2. 7号公告适用的非居民企业的范围

根据7号公告第十四条规定：“本公告适用于在中国境内未设立机构、场所的非居民企业取得的间接转让中国应税财产所得，以及非居民企业虽设立机构、场所但取得与其所设机构、场所没有实际联系的间接转让中国应税财产所得。股权转让方转让境外企业股权取得的所得（含间接转让中国应税财产所得）与其所设境内机构、场所有实际联系的，无须适用本公告规定，应直接按照企业所得税法第三条第二款规定征税。”

---

① 该条第一项规定，一方居民转让第六条所述位于另一方的不动产取得的收益，可以在该另一方征税。该条第二项规定，转让一方企业在另一方的常设机构营业财产部分的动产，包括转让常设机构（单独或者随同整个企业）取得的收益，可以在该另一方征税。

② 该项规定，转让财产所得，不动产转让所得按照不动产所在地确定，动产转让所得按照转让动产的企业或者机构、场所所在地确定，权益性投资资产转让所得按照被投资企业所在地确定。

该规定意味着，7号公告仅仅适用于取得《企业所得税法》第三条第三款规定的所得的非居民企业，但该所得属于“间接转让中国应税财产所得”。对于在中国境内设立机构场所而间接转让中国应税财产取得所得与该机构场所有实际联系的，则不适用本公告非居民企业间接转让中国应税财产的范围，直接适用《企业所得税法》第三条第二款规定按照25%税率征收企业所得税。

（四）归属于中国应税财产的数额、所得及税务处理

7号公告第二条明确规定，股权转让方取得的转让境外企业股权所得归属于中国应税财产的数额称为“间接转让中国应税财产所得”，应按下表22－3顺序进行税务处理：

表22－3：归属于中国应税财产的数额、所得及税务处理

类型	数额、所得	税务处理
与机构场所有实际联系的所得及数额	对归属于境外企业及直接或间接持有中国应税财产的下属企业在中国境内所设机构、场所财产的数额（下称间接转让机构、场所财产所得），应作为与所设机构、场所有实际联系的所得	企业所得税法第三条第二款：25%
归属于中国境内不动产所得及数额	除间接转让机构、场所财产所得外，对归属于中国境内不动产的数额（下称间接转让不动产所得），应作为来源于中国境内的不动产转让所得	企业所得税法第三条第三款：10%或协定税率
归属于权益性投资资产所得及数额	除间接转让机构、场所财产所得或间接转让不动产所得外，对归属于在中国居民企业的权益性投资资产的数额（下称间接转让股权所得），应作为来源于中国境内的权益性投资资产转让所得	企业所得税法第三条第三款：10%或协定税率

（五）“合理商业目的”的判断

1.“合理商业目的”的考量因素（7号公告第三条）

7号公告第三条提供了对“合理商业目的”的判断指引。该条列举了八个方面的需要靠量的因素。其规定为：“判断合理商业目的，应整体考虑与间接转让中国应税财产交易相关的所有安排，结合实际情况综合分析以下相关因素：（一）境外企业股权主要价值是否直接或间接来自于中国应税财产；（二）境外企业资产是否主要由直接或间接在中国境内的投资构成，或其取得的收入是否主要直接或间接来源于中国境内；（三）境外企业及直接或间接持有中国应税财产的下属企业实际履行的功能和承担的风险是否能够证实企业架构具有经济实

质；（四）境外企业股东、业务模式及相关组织架构的存续时间；（五）间接转让中国应税财产交易在境外应缴纳所得税情况；（六）股权转让方间接投资、间接转让中国应税财产交易与直接投资、直接转让中国应税财产交易的可替代性；（七）间接转让中国应税财产所得在中国可适用的税收协定或安排情况；（八）其他相关因素。”

上述第（一）至（三）项主要从境外企业股权主要价值、主要资产、主要收入以及企业架构是否具有经济实质等方面进行考量，这是分析境外控股公司是否具有商业实质，履行功能与承担风险是否匹配的关键分析点；第（四）项关注的是境外企业的业务模式和组织架构的存续时间，与分析境外企业架构是否具有经济实质密不可分；第（五）项关注的是中国应税财产在境外缴纳税款情况，也是《企业所得税法》立法明确只有境外实际税负低于 12.5% 的情形，才作为交易否定的条件之一；第（六）项关注的是间接转让中国应税财产交易与直接投资、直接转让中国应税财产交易的可替代性，包括两者之间的税负差异；第（七）项关注的是可适用税收协定的情况。

2. 直接认定为不具有合理商业目的的情形（7 号公告第四条）

7 号公告第四条规定：“除本公告第五条和第六条规定情形外，与间接转让中国应税财产相关的整体安排同时符合以下情形的，无需按本公告第三条进行分析和判断，应直接认定为不具有合理商业目的：（一）境外企业股权 75% 以上价值直接或间接来自于中国应税财产；（二）间接转让中国应税财产交易发生前一年内任一时点，境外企业资产总额（不含现金）的 90% 以上直接或间接由在中国境内的投资构成，或间接转让中国应税财产交易发生前一年内，境外企业取得收入的 90% 以上直接或间接来源于中国境内；（三）境外企业及直接或间接持有中国应税财产的下属企业虽在所在国家（地区）登记注册，以满足法律所要求的组织形式，但实际履行的功能及承担的风险有限，不足以证实其具有经济实质；（四）间接转让中国应税财产交易在境外应缴所得税税负低于直接转让中国应税财产交易在中国的可能税负。”需要注意的是，直接认定为不具有合理商业目的必须“同时”满足上述四个条件，这四个条件分别从境外企业股权价值的来源、资产构成、境外企业组织形式是否具有经济实质以及境外企业交易的税负来进行要求。

3. 具有合理商业目的的情形（7 号公告第五条，“安全港”规则）

7 号公告第五条以正列举的方式明确了两种情形下可以认为具有合理商业目的。该条规定：“与间接转让中国应税财产相关的整体安排符合以下情形之一

的，不适用本公告第一条的规定：（一）非居民企业在公开市场买入并卖出同一上市境外企业股权取得间接转让中国应税财产所得；（二）在非居民企业直接持有并转让中国应税财产的情况下，按照可适用的税收协定或安排的规定，该项财产转让所得在中国可以免予缴纳企业所得税。”需要注意的是第（二）项，其意思在于，如果在“剔除”境外中间公司的情形下，非居民企业直接持有并转让中国居民企业应税股权财产时，按照可适用的税收协定或安排的规定，该项财产转让所得在中国可以免予缴纳企业所得税。主要是指非居民持有中国居民企业股权不到控股权比例规定（比如，内地—香港第二议定书规定的转股之前12个月内，曾经直接或间接参与该公司至少25%的资本）而转让其股权的或者我国没有权力对股权转让征税（比如，中韩之间的税收协定）或者协定条款第十三条没有纳入我国可以征税的无形资产转让。因为第十三条财产收益主要规定转让不动产、营业机构财产或转让整个营业机构、转让公司股权或其他权益类证券，一般不包括无形资产所有权转让所得。因此，间接转让居民企业股权与直接转让居民企业股权相比较，不会导致我国税收的流失，属于具有合理商业目的。让我们以如下例子来说明：

【例22-4】安全港规则——按税收协定安排，免于缴纳企业所得税

假定，A公司（香港公司）持有100%的B公司（BVI公司）股权，B公司持有20%的C公司（中国居民企业）股权。现在，A公司转让B公司100%股权给D公司（BVI公司）。

问题：A公司转让100%B公司股权给D公司是否具有合理商业目的？

【解析】假定，A公司直接持有C公司20%股权，当A公司直接转让该20%股权给D公司时，根据内地—香港第二议定书第五条的规定：“转让第四款所述以外的任何股份取得的收益，而该项股份相当于一方居民公司至少25%的股权，可以在该一方征税。”由于A公司在股权转让之前12个月内，持有C公司20%股权，低于25%，所以，中国对该股权转让没有征税权，应该在香港完税。所以，依据7号公告第五条第（二）项的规定，该项股权转让属于“在中国可以免予缴纳企业所得税”的情形，应认定为具有合理商业目的。

4. “集团内部重组安全港”规则（7号公告第六条）

7号公告第六条引入了另外一项“安全港”规则，即“集团内部重组安全港”规则。该条规定：

“间接转让中国应税财产同时符合以下条件的，应认定为具有合理商业目的：

（一）交易双方的股权关系具有下列情形之一：

1. 股权转让方直接或间接拥有股权受让方 80% 以上的股权；

2. 股权受让方直接或间接拥有股权转让方 80% 以上的股权；

3. 股权转让方和股权受让方被同一方直接或间接拥有 80% 以上的股权。

境外企业股权 50% 以上（不含 50%）价值直接或间接来自于中国境内不动产的，本条第（一）项第 1、2、3 目的持股比例应为 100%。

上述间接拥有的股权按照持股链中各企业的持股比例乘积计算。

（二）本次间接转让交易后可能再次发生的间接转让交易相比在未发生本次间接转让交易情况下的相同或类似间接转让交易，其中国所得税负担不会减少。

（三）股权受让方全部以本企业或与其具有控股关系的企业的股权（不含上市企业股权）支付股权交易对价。”

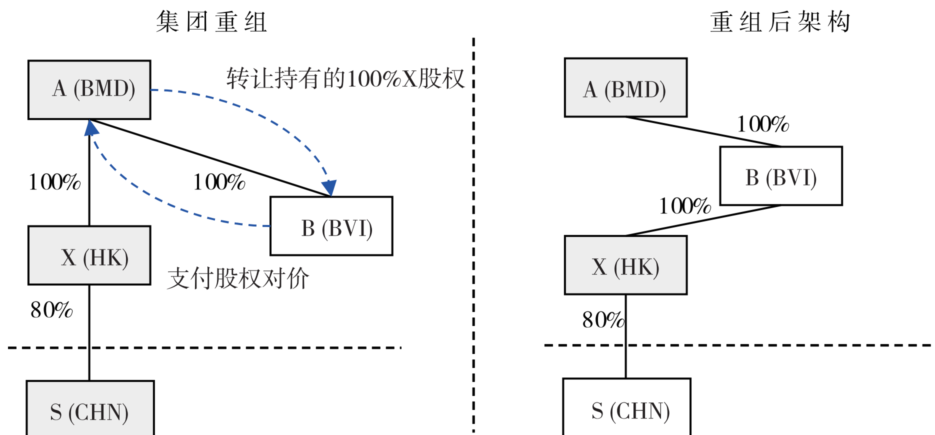
本条之所以明确非居民集团内重组涉及间接转让中国应税财产不适用 7 号公告第一条规定，也是对非居民企业正常业务重组的政策支持。如果法规过多限制境外集团内部业务重组的开展，不利于境外企业正常资产重组业务的开展，也会影响吸引外来投资。该规定既对非居民企业合理的集团内部重组予以支持，也依然保留对重组涉及中国居民企业财产转让不具有“合理商业目的”加以限制。

尽管如此规定，“集团内部重组安全港”规则并不构成对 59 号文境外重组规定的改变和限制。因为，如果属于上述情形之一，譬如属于“股权转让方直接或间接拥有股权受让方 80% 以上的股权”的，则不适用 7 号公告第一条，也就不受其约束。此时，股权转让方间接转让中国居民企业股权的交易不会被重新认定为直接转让中国居民企业股权的交易。同时，59 号文第七条的规定仅仅适用于非居民企业直接重组中国居民企业资产的交易。所以，概括地讲，如果交易符合“集团内部重组安全港”规则，则不适用于 7 号公告，也不适用于 59 号文第七条的规定，中国并无税收管辖权（见【例 22－5】情形一、二）；反之，则将被视为直接转让中国居民企业资产的交易，此时需进一步考虑是否适用 59 号文第七条第（一）项的规定（详见后文），如果满足 59 号文有关特殊性税务处理的要求，则仍然可以适用特殊性税务处理（见【例 22－5】情形三），否则将适用一般性税务处理（按照企业所得税法第三条第三款规定征税，见【例 22－5】情形四）。让我们以如下例子来进行说明。

【例 22－5】7 号公告和 59 号文在境外集团内部重组中的适用

情形一：假定，X 公司系一家香港公司，X 公司的股东为 A 公司（百慕大离案控股公司），持股 100%。A 公司持有 B 公司（BVI 离案公司）100% 的股

权。A 公司基于对分业经营发展的需要，计划将其间接持有的中国居民企业 S 公司的营业转让给 B 继续从事经营。采取的方式是将其持有的 100% 的 X 股权作价转让给 B 公司，B 公司增发股份作为对价支付给 A 公司。重组前后的股权架构如下图：



在上述股权转让交易中，股权转让方是 A 公司，股权受让方是 B 公司。由于 A 公司直接拥有 B 公司 100% 股权，所以，属于 7 号公告第六条第（一）项规定的集团内部重组交易，不适用于 7 号公告第一条的规定，不会被认定为直接转让居民企业 S 公司股权的交易。因此，此时也不适用 59 号文第七条第（一）项的规定："非居民企业向其 100% 直接控股的另一非居民企业转让其拥有的居民企业股权……"因为 59 号文第七条第（一）项规定的是对直接控股的居民企业股权的转让。故，此时我国并不享有税收管辖权。

情形二：假定，基本事实同情形一，但 A 仅持有 80% 的 B 股权。此时，我们发现依然不适用于 7 号公告第一条的规定，不会被认定为直接转让居民企业 S 股权的交易，也不适用 59 号文第七条第（一）项的规定。故，此时我国并不享有税收管辖权。

情形三：假定，基本事实同情形一，但 B 公司采用了部分现金对价（不超过总对价的 15%）。此时，我们发现不满足 7 号公告第六条的集团重组安全港规则的要求（不满足第六条第（三）项规定），如果最终被税务机关认定为直接转让居民企业 S 股权的交易的话，则还需要判断是否满足 59 号文第七条第（一）项的规定，由于 A 公司对 B 公司直接 100% 控股，如果还满足其他要求的话，则可能适用 59 号文特殊性税务处理。

情形四：假定，基本事实同情形一，但 A 仅持有 75% 的 B 股权。此时，我

们发现不满足7号公告第六条的集团重组安全港规则的要求，如果最终被税务机关认定为直接转让居民企业S股权的交易的话，则还需要判断是否满足59号文第七条第（一）项的规定，事实上，该交易并不满足A公司对B公司直接100%控股的要求，所以不能适用特殊性税务处理，应适用一般性税务处理。即按照《企业所得税法》第三条第三款规定征税。

综上所述，如果交易满足7号公告第六条第（一）、（二）项的要求，但不满足第（三）项的要求（上述情形三）而不能适用集团内部重组安全港规则，被重新认定为直接转让境内居民企业股权的，并不必然不能适用59号文的特殊性税务处理要求。因为，根据59号文第五条、第六条、第七条第（一）、（二）项的规定，只要交易支付的非股权支付对价不超过15%的，仍然可能适用特殊性税务处理。反之，如果该交易适用集团内部重组安全港规则，则中国税法将不享有税收管辖权，也就谈不上适用59号文的问题。

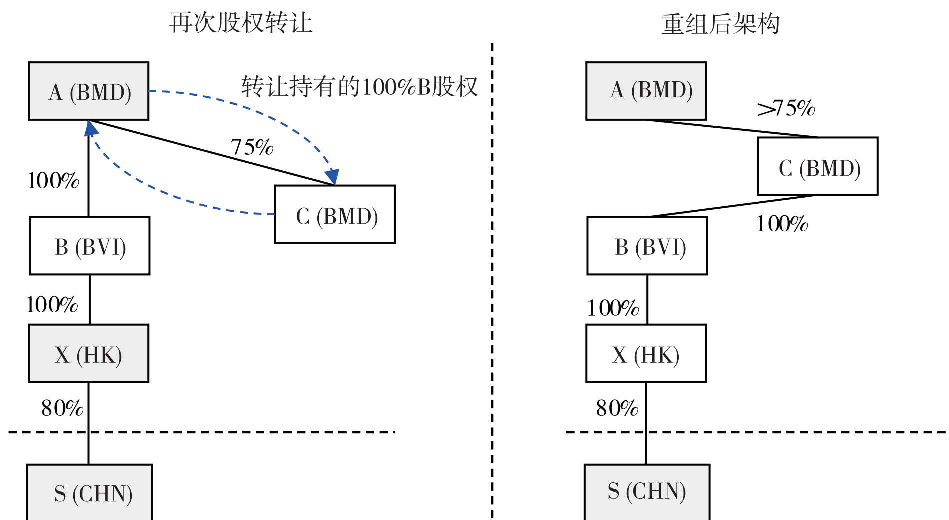
同时，还需要注意的是第（二）项条件“本次间接转让交易后可能再次发生的间接转让交易相比在未发生本次间接转让交易情况下的相同或类似间接转让交易，其中国所得税负担不会减少”（下称为“再次间接转让中国所得税负不减少”）。该条件意味着，财产转让涉及间接转让中国居民企业财产的，初次转让后再次进行转让，其再次转让的中国应税财产所得在中国的税收负担不会减少。该规定实际上是对非居民财产转让所得缴纳中国税收的递延。该项规定明确，对非居民企业属于“合理商业目的”的转让后，以后财产再次转让的，不是指在被转让的境外企业所在地税负比中国少，而是再次转让既不能豁免中国税收，也不能低于在中国转让的税收负担，除非再次满足集团内股权转让不征税条件。让我们以如下例子来进行说明。

【例22－6】“再次间接转让中国所得税负不减少”的理解和适用

基本事实见【例22－5】情形一。除了如下事实：

（1）A公司还持有C公司（百慕大离岸公司）75%股权；

（2）在前次间接股权转让之后，A公司再次将其持有的100%B股权转让给C公司，C公司增发自身股权作为支付对价。重组前后的股权架构如下图：



【解析】1. 假定，前一次间接股权转让并未发生，则在这种情形下，A 公司转让持有的 X 公司 100% 股权给 C 公司，由于不符合 7 号公告第六条第（一）项的规定（A 公司只持有 C 公司 75% 股权，小于 80%），所以不适用“集团内部重组安全港”规则，应当适用 7 号公告第一条的规定，审查是否确认为直接转让中国居民企业股权财产。假定审查后认定为直接转让中国居民企业股权财产，则根据《企业所得税法》及其实施条例的规定，征收 10% 的预提所得税。因此，A 应就转让 X 公司 100% 股权给 C 公司，视为直接转让 S 公司的股权，缴纳 10% 的预提所得税。

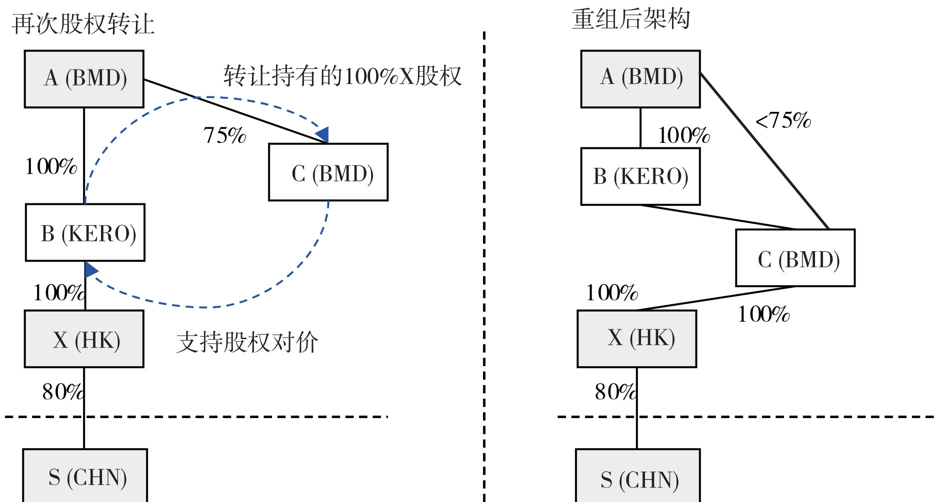
2. 现在，在已经发生第一次间接股权转让的情形下，A 公司再次间接转让持有的 B 公司 100% 股权给 C 公司，由于不符合 7 号公告第六条第（一）项的规定，所以不适用“集团内部重组安全港”规则，应当适用 7 号公告第一条的规定，审查是否确认为直接转让中国居民企业股权财产。类似地，与第 1 点所述一样，A 应缴纳 10% 的预提所得税。

3. 比较上述第 1、2 点两种情形：第 1 点情形是指“在未发生本次间接转让交易情况下的相同或类似间接转让交易”（下称“虚拟间接转让交易”），且属于“相同或类似”间接转让交易；第 2 点情形是指“本次间接转让交易后可能再次发生的间接转让交易”（下称“再次间接转让交易”）。我们可以发现，再次间接转让交易相比虚拟间接转让交易而言，A 公司的中国所得税负担是一样的，都为 10% 的预提所得税。所以，第一次间接股权转让时，满足 7 号公告第六条第（二）项的要求。

4. 让我们进一步展开讨论。假定，本例事实做如下调整：

（1）B 公司系韩国公司；

（2）在前次间接股权转让之后，B 公司再次将其持有的 100% X 股权转让给 C 公司，C 公司增发自身股权作为支付对价。重组前后的股权架构如下图：



我们可以看出，虚拟间接转让交易下，A 公司转让持有的 X 公司 100% 股权给 C 公司，视为直接转让 S 公司的股权，A 需要缴纳 10% 的预提所得税；再次间接转让交易下，B 公司再次间接转让持有的 X 公司 100% 股权给 C 公司，由于不符合 7 号公告第六条第（一）项的规定，所以不适用"集团内部重组安全港"规则，应当适用 7 号公告第一条的规定，审查是否确认为直接转让中国居民企业股权财产。假定审查后认定为直接转让中国居民企业股权财产，根据中韩税收协定的规定，中国无权对该股权转让所得征税，因此，将导致中国对 B 公司（韩国公司）无征税权。再次间接转让交易相比虚拟间接转让交易而言，前者的税收负担为 0，后者的税收负担为 10%，因此，即使第一次间接股权转让满足 7 号公告第六条第（一）、（三）项的要求，但由于不满足第（二）项要求，所以也不适用"集团内部重组安全港"规则，应当适用 7 号公告第一条的规定，审查是否确认为直接转让中国居民企业股权财产。

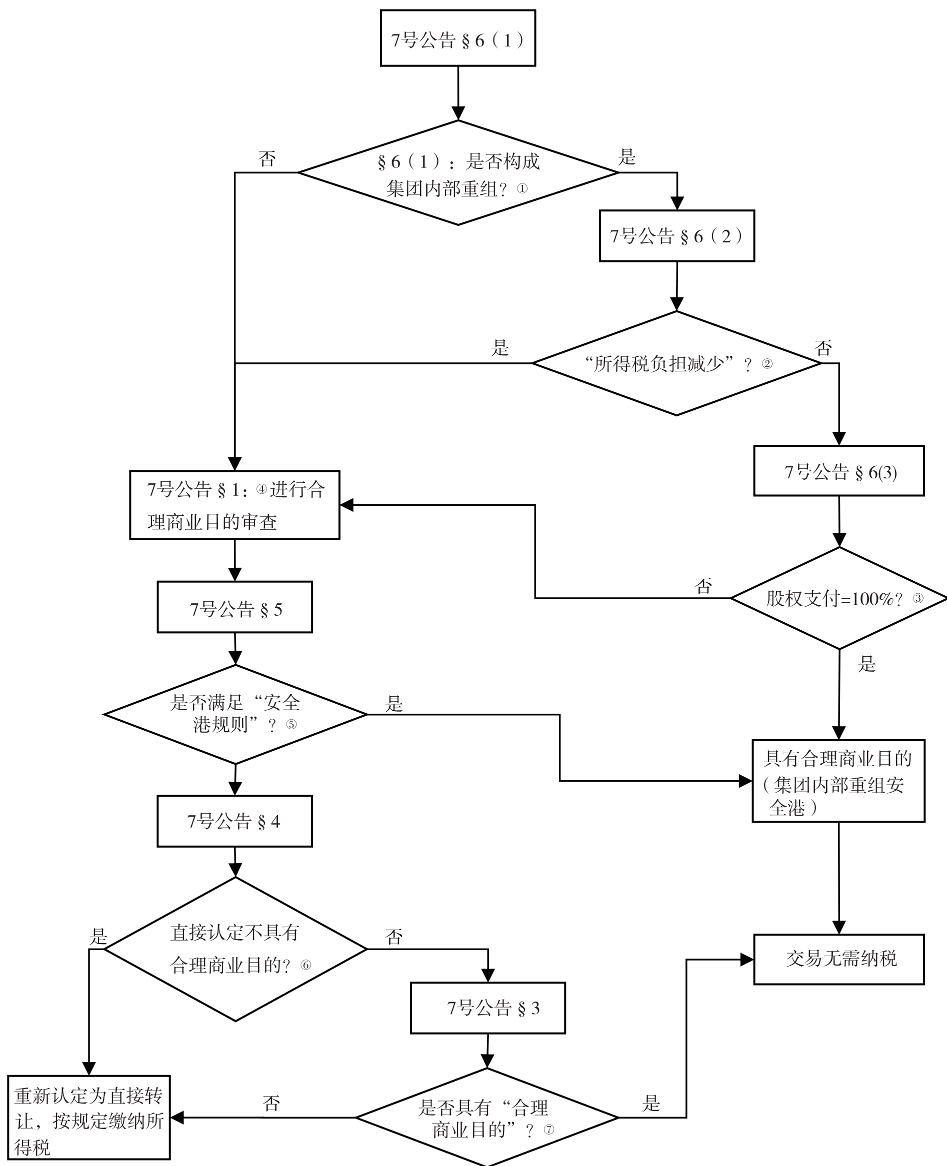
即是说，如果针对 A 公司（百慕大公司）转让给 B 公司（韩国公司）的集团内部重组间接股权转让给予"集团内部安全港"政策，不征收 10% 的预提所得税，但如果以后 B 公司（韩国公司）再次间接股权转让给 C 公司时，由于不满足 7 号公告第六条第（一）项第 3 目"股权转让方和股权受让方被同一方直

接或间接拥有80%以上的股权”的要求，不适用“集团内部安全港规则”，应视为B公司直接转让S公司股权对待，但由于中韩税收协议的规定，中国不针对B公司（韩国公司）股权转让征收预提所得税，税率实际为0，将导致我国税收的流失，因此，对A公司（百慕大公司）转让给B公司（韩国公司）的间接股权转让不能给予“集团内部安全港”规则。这也是7号公告第六条站在国家税收的角度规定第（二）项要求的原因所在。

需要注意的是，如果再次间接股权转让依然满足“集团内部安全港”规则，则应当给予第一次间接股权转让“集团内部重组安全港”待遇。譬如，在【例22－6】中【解析】第4点所述的案例中，假定A公司持有C公司股权为100%，则如果B公司转让X公司100%股权给C公司（再次间接股权转让）属于7号公告第六条第（一）项第3目“股权转让方和股权受让方被同一方直接或间接拥有80%以上的股权”的情形，假定其他条件都满足，则在再次间接股权转让依然适用“集团内部重组安全港”规则，此时，应该给予第一次间接股权转让“集团内部重组安全港”待遇。如果后来真正的发生了B公司转让X公司100%股权给C公司，我们需要再次考虑C公司如果对外间接股权转让是否导致“中国所得税负担不会减少”。就该例而言，由于C公司属于百慕大公司，除非股权受让方依然满足7号公告第六条第（一）项三种情形之一，否则不能满足“集团内部安全港”规则。如果满足，则需要判断可能的C公司的间接股权转让是否导致“中国所得税负担不会减少”。以此类推。

综上所述，笔者将7号公告判定是否具有“合理商业目的”决策程序总结如下图22－1：

图 22－1：是否具有“合理商业目的”决策树



注：①7 号公告第六条第（一）项规定的是，构成集团内部重组的股权结构要求；

②7 号公告第六条第（二）项规定的是，可能的再次间接转让交易是否导致“中国所得税负担减少”；

③7 号公告第六条第（三）项规定的是，需要满足 100% 的股权支付的要求；

④7 号公告第一条规定的是，不具有合理商业目的的间接中国居民企业股权等财产重新认定为直接转让中国居民企业股权等财产；

⑤7 号公告第五条规定的是“安全港”规则；

⑥7 号公告第四条规定的是可以直接认定为不具有合理商业目的的情形；

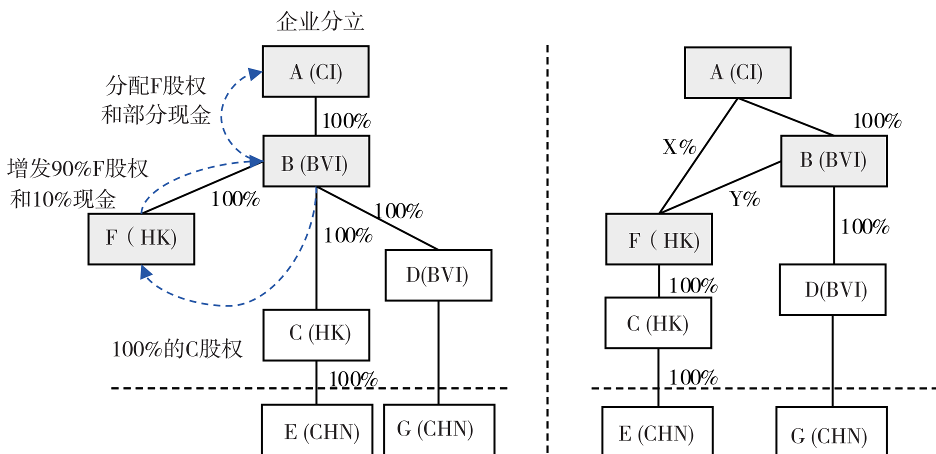
⑦7 号公告第三条规定的是判断是否合理商业目的需要综合考虑的相关因素。

下面，笔者对一个相关实务问题展开讨论并同时展示对上述决策树的应用。

【疑难问题 22－2】如何理解和适用“间接转让中国应税财产”定义中的“包括非居民企业重组引起境外企业股东发生变化的情形”？

在 7 号公告出台之后，对于其第一条第三款“间接转让中国应税财产”定义中的“包括非居民企业重组引起境外企业股东发生变化的情形”如何理解和适用就引发了困惑和争议。笔者以如下的例子来进行分析：

假定，A 公司（开曼公司）持有 B 公司（BVI 公司）100% 股权，B 公司持有 C 公司（香港公司）100% 股权，同时还持有 D 公司（BVI 公司）100% 股权和 F 公司（香港公司）100% 股权，C 公司持有 E 公司（中国公司）100% 股权。现在，B 公司基于分业经营的需要，计划将 E 公司从事的营业分离到 F 公司中运营，自己则专注于 D 公司持有 G 公司营业。在分立中，F 公司增发自身股份（占对价总额的 90%）和现金（占对价总额的 10%）作为对价支付给 B 公司，B 公司在减资分配中将收到的对价分配给 A 公司。A 公司和 B 公司承诺中国主管税务机关书面承诺在 3 年内不转让其拥有受让方非居民企业 F 公司的股权。分立重组前后的股权架构如下图：



注：上图中的 X% ＋Y% ＝100% 。

1. 适用 7 号公告进行处理

在上述非居民企业 B 公司分立重组中，B 公司将其持有的 C 公司 100% 股权

分离到F公司中，F公司增发自身股权（占对价比例的90%）和部分现金（占对价比例的10%）支付给B公司，B公司在减资中将收到的F公司股权和部分现金分配给其股东A公司。境外分立重组完成后，F公司通过C公司间接持有E公司100%股权。从交易实质来看，该分立重组交易导致的结果是非居民企业B公司间接转让了境外企业C公司持有的中国居民企业E公司100%股权给另一非居民企业F公司，属于境外企业C公司的股东发生变化的情形，亦属于7号公告所规定的“间接转让中国应税财产”。由于F公司支付了部分现金对价给B公司，所以不满足7号公告第六条第（三）项条件“股权受让方全部以本企业或与其具有控股关系的企业的股权（不含上市企业股权）支付股权交易对价。”因此，不适用“集团内部重组安全港”规则，应进行“合理商业目的”审查；

根据7号公告第五条“安全港”规则的规定，非居民企业B公司直接持有并转让E公司股权时，由于BVI与中国没有签署税收协定，所以不适用免税政策，不能适用“安全港”规则豁免。假定审查由于适用7号公告第四条第（一）项规定“境外企业股权主要价值是否直接或间接来自于中国应税财产”而直接被认定为不具有“合理商业目的”，则该交易将被重新认定为非居民企业B公司直接转让中国居民企业E公司100%股权给另一非居民企业F公司。

2. 适用59号文和72号公告处理

根据72号公告第一条的规定，B公司分立导致中国居民企业E公司的股权被转让给F公司，所以适用于59号文第七条第（一）项规定的股权转让的情形。根据59号文第七条的规定，股权收购重组要适用特殊性税务处理的待遇必须同时满足59号文第五条的条件之外，还需要符合第七条第（一）项的条件。分析如下：

（1）先来看是否满足59号文第七条第（一）项的条件。由于B公司100%直接控股F公司，没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负担变化（都为10%预提税），并且A公司和B公司向中国主管税务机关书面承诺在3年内不转让其拥有受让方非居民企业F公司的股权。所以满足59号文第七条第（一）项的条件。

（2）然后，我们再来看是否满足59号文第五条的条件。对于第五条第（一）项，由于59号文第六条第（五）项并没有被分立部分的资产或股权比例的要求，可以不考虑；对于第五条第（三）项，由于B公司承诺在3年内不转让其持有的F公司股权，也不改变重组资产原来的实质性经营活动，满足条件；对于第五条第（四）项，F公司支付的股权支付比例为90%＞85%，满足条件；

对于第五条第（五）项，由于A公司和B公司都承诺在3年内不转让持有的F公司股权，满足条件。唯一需要仔细考虑的是第五条第（一）项“合理商业目的”的考量，因为7号公告下的“合理商业目的”规则并不具有普适效应，它仅仅是针对非居民企业间接转让境内居民企业股权时所需要综合考虑的各种因素，带有其个性，所以并非7号公告下认定不具有“合理商业目的”，在59号文下就一定不具有“合理商业目的”。由于B公司分立重组带有明显的“分业”管理的合理的商业经济实质。同时，不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的（因为没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负担变化，都为10%预提税），所以可能被认定为满足59号文下的“合理商业目的”。因此，满足59号文第五条规定的条件。

综上所述，非居民企业B公司分立重组导致境外企业C公司的股东发生变化的情形（由B公司变为F公司），该交易属于7号公告所规定的“间接转让中国应税财产”，由于经判断审查它不具有7号公告下的“合理商业目的”，被重新认定为非居民企业B公司直接转让中国居民企业E公司100%股权给另一非居民企业F公司。根据59号文和72号公告的规定，该直接转股交易属于59号文第七条第（一）项情形，并满足特殊性税务处理的要求，可以选择适用特殊性税务处理。

在上例中，我们可以发现，即使7号公告将非居民企业间接转让境内居民企业股权的交易重新认定为直接转让股权交易，但在59号文下，还是需要去判定是否满足特殊性税务处理的条件而予以适用。不能简单地得出，非居民企业间接转让境内居民企业股权的交易不能适用59号文甚至特殊性税务处理的结论。

（六）非居民企业间接股权转让的扣缴义务

7号公告第八条规定：“间接转让不动产所得或间接转让股权所得按照本公告规定应缴纳企业所得税的，依照有关法律规定或者合同约定对股权转让方直接负有支付相关款项义务的单位或者个人为扣缴义务人。扣缴义务人未扣缴或未足额扣缴应纳税款的，股权转让方应自纳税义务发生之日起7日内向主管税务机关申报缴纳税款，并提供与计算股权转让收益和税款相关的资料。主管税务机关应在税款入库后30日内层报税务总局备案。扣缴义务人未扣缴，且股权转让方未缴纳应纳税款的，主管税务机关可以按照《税收征管法》及其实施细则相关规定追究扣缴义务人责任；但扣缴义务人已在签订股权转让合同或协议之日起30日内按本公告第九条规定提交资料的，可以减轻或免除责任。”

对于该规定，我们需要注意的是，7号公告第一次明确了间接股权转让中境

外企业（非居民企业）的扣缴义务，尽管在法律依据和实务中是否可行还有待商榷，但这的确是我们需要研究和思考的一个问题。譬如，3 号文第十五条第二款规定：“股权转让交易双方为非居民企业且在境外交易的，由取得所得的非居民企业自行或委托代理人向被转让股权的境内企业所在地主管税务机关申报纳税。”3 号文第十五条第二款规定与 7 号公告第八条的规定出现冲突。3 号文源泉扣缴管理规定对非居民企业境外交易转让中国境内股权的仅明确了由取得所得的非居民企业自行或委托代理人向被转让股权的境内企业所在地主管税务机关申报纳税，并没有明确对非居民企业直接负有支付相关款项义务的单位或者个人为扣缴义务人。由于两个规范性文件是平等地位的，因此，境外间接转让中国应税财产的非居民企业也可以依据 3 号文规定推卸扣缴义务。当然从法理上如果采用后法优于前法，则应优先适用 7 号公告的“扣缴义务人”规定。

（七）非居民企业间接股权转让的征管

1. 间接转让财产立案的规定

7 号公告第十一条规定：“主管税务机关需对间接转让中国应税财产交易进行立案调查及调整的，应按照一般反避税的相关规定执行。”

2. 因同一境外企业股权转让导致间接转让两项以上中国应税财产时的申报纳税

7 号公告第十二条规定：“股权转让方通过直接转让同一境外企业股权导致间接转让两项以上中国应税财产，按照本公告的规定应予征税，涉及两个以上主管税务机关的，股权转让方应分别到各所涉主管税务机关申报缴纳企业所得税。各主管税务机关应相互告知税款计算方法，取得一致意见后组织税款入库；如不能取得一致意见的，应报其共同上一级税务机关协调。”需要注意的是，这与 698 号文第八条规定有所不同。698 号文第八条明确境外投资方（实际控制方）同时转让境内或境外多个控股公司股权的，被转让股权的中国居民企业应将整体转让合同和涉及本企业的分部合同提供给主管税务机关，如果没有分部合同的，被转让股权的中国居民企业应向主管税务机关提供被整体转让的各个控股公司的详细材料，准确划分境内被转让企业的转让价格。由于 698 号文第八条依然有效，两者间申报缴纳的差异可以依后法优于前法的法理适用。即需要分别申报、分别缴纳。

除了上述这些内容之外，7 号公告依然存在一些需要明确的地方。譬如，间接股权转让成本如何确定？转让方境外已纳税额在我国确认间接转让征税时能否抵免？这些问题都需要国家税务总局今后予以明确。

三、境外间接股权转让的所得划分、成本确定及税款缴纳——以国家税务总局首次公开批复税总函［2013］82 号文为中心

2015 年 5 月，国税总局向社会公开了《国家税务总局关于沃尔玛收购好又多股权事项的批复》（税总函［2013］82 号）。这是自 698 号文颁布实施以来，国税总局首次公开对间接股权转让出具的批复意见。该批复的内容如下：

“一、根据《企业所得税法》（中华人民共和国主席令第 63 号）第四十七条和《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》（国税函［2009］698 号）第六条[①]的规定，对 2008 年 1 月 1 日后完成的股权转让交易，依据其经济实质认定为 BCL 公司股东（BOUNTEOUS HOLDING COMPANY LIMITED 公司，以下简称 BHCL 公司）直接转让中国境内企业股权，BHCL 公司负有中国企业所得税法规定的纳税义务。

二、根据《国家税务总局关于非居民企业所得税管理若干问题的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 24 号）第六条（五）的规定，BHCL 公司应分别到各好又多公司企业所得税主管税务机关申报和缴纳税款。”[②]

总体来看，上述批复明确了如下几个方面的问题：

一是，再次重申了一般反避税规则是对境外间接股权转让重新定性并征收企业所得税的法律依据。具体为《企业所得税法》第四十七条：“企业实施其他不具有合理商业目的的安排而减少其应纳税收入或者所得额的，税务机关有权按照合理方法调整。”和 698 号文原第六条：“境外投资方（实际控制方）通过滥用组织形式等安排间接转让中国居民企业股权，且不具有合理的商业目的，规避企业所得税纳税义务的，主管税务机关层报税务总局审核后可以按照经济实质对该股权转让交易重新定性，否定被用作税收安排的境外控股公司的存在。”[③]

二是，在非居民企业间接转让境内股权中，对整体转让收入的划分、成本

① 笔者注：根据《国家税务总局关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 7 号）的规定，该文第五条、第六条自 2015 年 2 月 3 日起废止。即是说，自 2015 年 2 月 3 日起，将适用 7 号公告的相关规定。

② 笔者注：根据 7 号公告的规定，国家税务总局公告 2011 年第 24 号第六条第（五）项自 2015 年 2 月 3 日起废止。但 7 号公告第十二条第一款依然保留同样的规定：“股权转让方通过直接转让同一境外企业股权导致间接转让两项以上中国应税财产，按照本公告的规定应予征税，涉及两个以上主管税务机关的，股权转让方应分别到各所涉主管税务机关申报缴纳企业所得税。”

③ 笔者注：参见 7 号公告第一条规定：“非居民企业通过实施不具有合理商业目的的安排，间接转让中国居民企业股权等财产，规避企业所得税纳税义务的，应按照企业所得税法第四十七条的规定，重新定性该间接转让交易，确认为直接转让中国居民企业股权等财产。”

的确定以及税款缴纳等事项进行了明确，为非居民企业以及各地方税务机关提供了实践参考和指引。

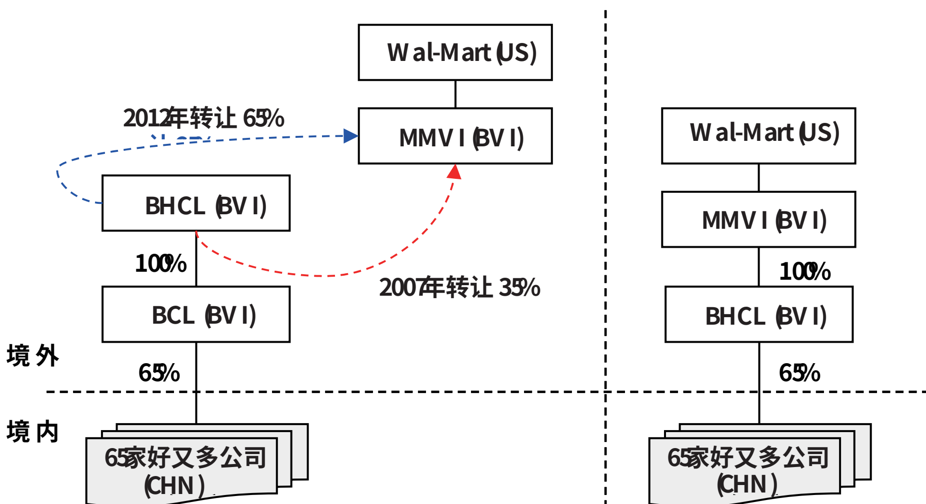
在该批复中，国税总局对整个案件进行了详细的介绍和分析，表明其对间接转让股权的立场和态度。笔者以如下案例来进行展示和说明：

【例22－7】沃尔玛境外间接收购好又多股权案

一、案例背景介绍

美国沃尔玛公司（下称“沃尔玛”）通过设立在英属维尔京群岛的MMVI CHINA INVESTMENT CO. LTD. 公司（下称“MMVI公司”）收购同样设立在英属维尔京群岛的BOUNTEOUS COMPANY LIMITED公司（下称“BCL公司”），实现对中国境内65家好又多公司的间接收购。

该交易分两步执行：（1）在2007年，沃尔玛通过MMVI公司从BOUNTEOUS HOLDING COMPANY LIMITED（下称“BHCL公司”）处收购其持有的BCL公司35%的股权；（2）在2012年6月15日，沃尔玛又通过MMVI公司从BHCL公司处收购其持有的BCL公司剩余的65%股权。有关交易架构图如下：



在上述第二步交易中，BHCL公司获得了1.005亿美元现金，以及MMVI公司放弃的3.76亿美元贷款追索权，合计4.765亿美元作为BHCL公司转让中国境内65家好又多公司65%股权的整体转让收入。

二、征税方案分析

根据税总函［2013］82号文的披露，其征税方案明确如下事项：

1. 征税方案第一条“纳税义务”明确，“对第二步股权转让交易，BCL公

司股东（BOUNTEOUS HOLDING COMPANY LIMITED，以下简称 BHCL 公司）负有中国企业所得税法规定的纳税义务。”需要注意的是，本案仅仅适用于2012年完成的第二次股权转让交易。因为，一般反避税规则的法律依据《企业所得税法》第四十七条以及698 号文第六条的生效实施时间都为2008 年1 月1 日，因此，对于2007 年完成的第一步交易并不适用；

2. 股权转让收入分配。征税方案第二条“税款计算”第（二）款“股权转让收入分配”明确：

“根据《国家税务总局关于非居民企业所得税管理若干问题的公告》（国家税务总局公告2011 年第24 号）第六条（五）的规定，BHCL公司应分别到各中国居民企业所在地主管税务机关缴纳税款，因此，需要将4. 765 亿美元整体转让收入在65 家好又多法人公司间进行合理分配。

经总局领导专题会议研究确定，收入分配具体方案如下：综合使用各家好又多公司2012 年5 月31 日实际出资额、2011 年末净资产和2011 年全年营业收入三项指标进行分配，每项指标占三分之一权重。其中，以2012 年5 月31 日实际出资额进行分配时，初始投资为美元的，采用交易当日，即2012 年6 月15 日国家公布的汇率中间价（1：6. 3089）换算为人民币；以2011 年末净资产进行分配时，净资产为负数的，视同净资产为零。”

从上述批复意见可以看出：（1）股权转让价款的分配以各境内法人公司为单位进行划分；（2）划分的标准采用三项指标（各占1/3）来确定每家公司应划分的收入：2012 年5 月31 日实际出资额、2011 年末净资产以及2011 年全年营业收入。但为什么采用这样的标准，国税总局并没有做进一步的解释。

实践中，出让方可以自行划分转让收入并准备充分的文档来证明划分方法的合理性，以避免税务机关自行调整。

3. 股权转让成本的确定。征税方案第二条“税款计算”第（三）款“股权转让成本”明确：“根据《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》（国税函〔2009〕698 号）第三条的规定，各家好又多公司的股权转让成本，为其2012 年5 月31 日实际出资额与股权转让比例65%的乘积。”但是，批复并没有对“实际出资额”作出明确的解释。从理论和实践来看，“实际出资额”应当是为设立中国居民企业支付的初始投资或为购买中国居民企业支付的相关对价。

此外，国税总局批复还对如何折算外币以及适用税率（标准税率10%）进行了明确。当然，这些指引与现行规定是一致的。

4. 税款缴纳方式。征税方案第三条“税款缴纳”明确：“各地税务机关根据总局确定的方案，及时向纳税人 BHCL 公司出具《税务事项通知书》，告知纳税义务。BHCL 公司应自收到《税务事项通知书》之日起 7 日内到好又多公司主管税务机关申报缴纳企业所得税。因 BHCL 公司在境内没有设立机构场所，各地税务机关可将税务文书送交本地好又多公司，由本地好又多公司转交纳税人，并及时组织税款入库。

2012 年 5 月，深圳市福田区国税局根据总局要求，向 MMVI 公司出具了《税务事项告知书》（深国税福告〔2012〕1101 号）（见附件六），由 MMVI 公司扣留了部分交易款项作为备付税款存放在境外监管账户。经研究，由 MMVI 公司使用该扣留款项缴纳税款。为了顺利完成外汇汇入缴税工作，请各地在出具的《税务事项通知书》中明确：‘鉴于 MMVI 公司已根据税务机关要求扣留了备付税款，由 MMVI 按本通知要求从备付税款账户直接支付到税务机关指定账户进行缴税。’

鉴于 MMVI 公司扣留的备付税款为外汇且存放于境外账户，请各地税务机关根据上述征税方案和《中国人民银行、财政部、国家税务总局关于采用国外汇款方式缴纳税款缴库有关事项的通知》（银发［2008］379 号）第二条的规定，告知纳税人填写汇款凭证所需的各项要素。”

从上述批复意见来看，需要注意如下几点：

（1）深圳市福田区国税局根据总局要求，在第二次交易完成前向境外买方 MMVI 公司出具了《税务事项告知书》，要求买方扣留部分支付卖方的交易款作为备付税款存放在境外账户。同时，“鉴于 MMVI 公司已根据税务机关要求扣留了备付税款，由 MMVI 按本通知要求从备付税款账户直接支付到税务机关指定账户进行缴税。”根据《企业所得税法》第三十七条规定：“对非居民企业取得本法第三条第三款规定的所得应缴纳的所得税，实行源泉扣缴，以支付人为扣缴义务人。税款由扣缴义务人在每次支付或者到期应支付时，从支付或者到期应支付的款项中扣缴。”但当支付人也是非居民企业时，实际很难要求其履行代扣代缴义务。同时，《国家税务总局关于印发〈非居民企业所得税源泉扣缴管理暂行办法〉的通知》（国税发［2009］3 号）第十五条第二款的规定：“股权转让交易双方为非居民企业且在境外交易的，由取得所得的非居民企业自行或委托代理人向被转让股权的境内企业所在地主管税务机关申报纳税。被转让股权的境内企业应协助税务机关向非居民企业征缴税款。”该规定规定的是直接股权转让的情形，而在间接股权转让中，代扣代缴问题就更具有争议性。因为在转

让时，买方无从判断该转让交易是否适用一般反避税规则以及是否发生中国纳税义务。国税总局批复通过向境外买方出具通知要求其扣留备付税款，以绕开非居民买方是否有代扣代缴义务这个不确定问题。在代扣代缴机制下，即使没有代扣代缴通知书，境外买方也应依法履行义务。因此，扣留部分支付卖方的交易款作备付税款与代扣代缴是两个不同的概念。

三、值得思考的问题——境外收购方再次境外股权转让时，如何确定股权转让成本

国税总局的批复并没有明确一个问题，即是，如果未来境外 MMVI 公司再次间接转让境内居民企业股权时，如何确定其股权转让成本？按照计税基础连续以及不重复征税的税法原理，未来境外 MMVI 公司再间接转让股权时，由于 2007 年第一次交易中，卖方 BHCL 公司并没有缴纳中国企业所得税，MMVI 公司持有的相应的 35% 股权的计税基础应该为其最初的计税基础，而第二次交易中，卖方 BHCL 公司已经缴纳中国企业所得税，MMVI 公司持有的 65% 股权的计税基础应该为其购买价款。不论以后再次间接转让时，采用何种方式（比如加权平均法）来确定转让股权的成本，都会导致应由卖方 BHCL 公司承担的 35% 股权对应的税负转嫁到 MMVI 公司承担，从这个意义上看，对其并不公平。

四、境外间接股权转让认定的新思路——首例认定中国居民企业征税案

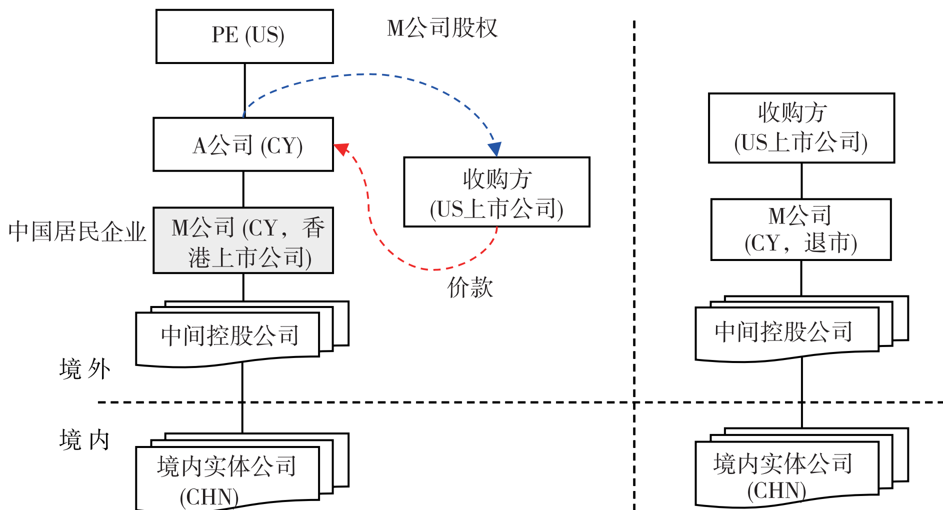
在 2013 年 12 月，中国税务报刊登了一则报道，中国黑龙江省佳木斯市国家税务局对一起境外股权转让所得征收了一笔巨额税款，案例中被转让的境外控股公司持有一些中国公司的股权。该案例独特的地方在于，佳木斯国税局并没有采用 698 号文和一般反避税规则来否定境外控股公司的存在，而是直接根据中国居民企业的概念将境外控股公司认定为中国居民企业，从而将间接股权转让重新定性为直接股权转让的交易而征收企业所得税。应该讲，这可能是公开报道可以看到的首例认定中国居民企业征税案，具有一定的参考价值。下面笔者以案例的形式来对该案进行分析。

【例 22-8】境外间接股权转让认定中国税收居民企业案

一、案例背景介绍

股权转让方 A 公司系一家由美国私募股权基金拥有的开曼群岛注册的离岸公司。A 公司持有一家在香港联交所上市的开曼 M 公司（“目标公司”）的股权。M 公司间接持有中国境内 J 公司和其他 3 家中国公司的股权。

2011 年 7 月，A 公司将其持有的 M 公司股权转让给一家美国上市公司（收购方），从而导致 A 公司间接出售了境内 4 家中国公司的股权。转让交易完成后，M 公司从公开交易市场退市。有关交易架构图如下：



2011 年 8 月，A 公司按照 698 号文的申报要求向佳木斯国税局（境内 J 公司的主管税务局）报告了该交易，并认为其在中国没有纳税义务。佳木斯国税局在收到报告之后，在国税总局的批准下，成立了反避税小组，展开一般反避税案件调查。

根据该公开报道，佳木斯国税局在调查前就初步认定该间接转股应缴纳中国企业所得税。佳木斯国税局也意识到，目前只有 698 号文可以作为对境外间接转股征收中国税的法律依据，即通过否定目标公司的存在从而对该笔间接转让交易重新定性。然而，本案适用 698 号文的规定来否定目标公司经济实体的困难重重，因为目标公司是一家香港上市公司且某种程度上其是个经济实体。佳木斯国税局随后审查了目标公司及其关联企业 6 年间的财务报告、合同及相关资料，发现目标公司负责日常生产经营、管理运作的高层管理人员及其高层管理部门履行职责的场所主要位于中国境内 J 公司的分支机构。也就是说，目标公司的实际管理机构是位于中国。2012 年 7 月，按照“实质重于形式”的原则，佳木斯国税局认定目标公司是中国税收居民企业，并就该股权转让交易所得向卖方征收了企业所得税款及利息共计 2.79 亿元人民币。

二、案件评析

对于本案件，有如下几个方面值得思考：

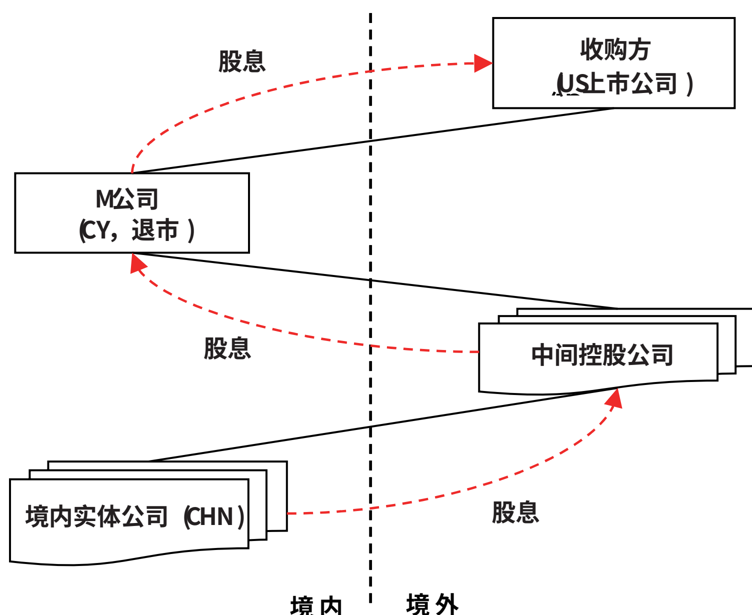
1. 首先，这是我国税务机关首次运用税收居民企业的概念将境外间接转让股权交易重新定性为直接转让居民企业股权，尽管我们通常认为，我国《企业所得税法》所规定的税收居民企业的概念并不包含反避税的立法意图。

2. 其次，佳木斯国税局在认定境外控股公司 M 公司为中国税收居民企业时，考量了其高层管理人员及高层管理部门实施管理和控制职责的场所，这与认定境外注册中资控股企业为中国居民企业的某些考虑因素非常相似。由于目前尚无针对如何将境外注册外资控股企业认定为中国居民企业的操作指引，佳木斯国税局在认定目标公司 M 公司为中国居民企业时似乎参照了境外注册中资控股企业的认定条件。

3. 最后，境外控股公司 M 公司系外资控股的香港上市公司的身份也使得该案件显得尤其特殊。主要体现在如下两点：

一是，对于在被认可的证券交易所（比如，香港联交所）上市的公司而言，一般应认定为具有实质的经营活动。所以，想通过 698 号文（现在是 7 号公告）的“不具有合理的商业目的”为由而否定“中间控股公司”从而重新界定为直接股权转让很难达成；

二是，如果注册于开曼群岛的 M 公司被认定为中国税收居民企业的话，将带来后续的一些新的问题。参见下图：



我们可以发现：

（1）股息重复征税的问题。如果境内实体公司向中间控股公司分配股息时，如果后者不被同时认定为中国税收居民企业的话，则需要缴纳10%（或协定税率）的预提所得税；中间控股公司再层层分配该等股息到M公司（中国居民企业）时，依然需要就该等股息按照25%的税率纳税；如果M公司向收购方（U.S. 上市公司）再分配股息的话，该等股息还需要按照中美税收协定的税率10%缴纳预提税。因此，在股息分配过程中，存在严重的重复征税。

因此，可行的方案是，M公司需要将所有的中间控股公司申请认定为中国税收居民企业，且不论M公司从其他商业考虑或者税收考虑，是否会申请认定，最重要的是，中间控股公司的最终控制人属于美国的上市公司，即使M公司本身属于中国税收居民企业（注意是税收上的居民企业而不是法律形式上的中国企业）并不能依据《国家税务总局关于境外注册中资控股企业依据实际管理机构标准认定为居民企业有关问题的通知》（国税发［2009］82号，下称“82号文”）、《境外注册中资控股居民企业所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告2011年第45号，下称“45号公告”）和《国家税务总局关于依据实际管理机构标准实施居民企业认定有关问题的公告》（国家税务总局公告2014年第9号，下称“9号公告”）等规定主动申请认定，除非税务机关主动去认定。如果仅仅因为境外的一次股权转让交易而导致如此严重的税收后果，则对于境外投资者而言有失公允。

（2）如果中间控股公司不被认定为中国税收居民企业，则M公司及其控制的中间控股公司还可能将面临“受控外国企业”税制的管制，即使中间控股公司不进行利润分配，依然有可能导致M公司产生纳税义务。

所以，如果要避免这些严重的税收后果，可能唯一的方法就是境内实体企业不进行股息分配，但如果这样，税法就已经丧失了其税收中性。

（3）如果未来该公司链条上的任何公司转让其持有的下级公司的股权时，要么被适用境外间接股权转让而应税，要么适用境外直接转让股权而应税，要么适用中国居民企业转让境外股权而应税，总之，将完全打乱其最初的公司架构的其他商业目的（若有），并产生中国纳税义务，这是在构建跨境架构之初所无法预测和评估的。

综上所述，笔者认为，《企业所得税法》关于居民企业的立法意图本身并非出于对反避税的考虑，在境外间接股权转让中直接适用中国税收居民概念去进行重新定性，应当审慎地适用，否则将导致整个跨境公司架构的税收后果的“紊乱”，丧失税收中性，特别是目标公司是在被认可的证券交易所上市的公司

更是如此。实质上，在这样的境外间接股权转让中，最主要的途径还是是否具有“合理的商业目的”规则的适用。譬如，在7号公告下来处理时，就可以很好的解决上市公司身份以及判定是否具有合理的商业目的，读者可以参阅前述7号公告的有关内容，不再赘述。

专题23：资产重组的增值税（营改增）问题

内容概览

笔者在前面的专题集中讨论了企业重组的所得税问题。事实上，在各种企业重组中，因涉及的标的资产可能包括货物、不动产以及无形资产等的转移、交换等，还可能会涉及增值税（营改增）的问题。本专题包含如下内容：

■ 企业重组的增值税问题

▶资产重组的增值税政策——国税总局2011年第13号公告的适用

▶留抵税额的问题

▶借壳上市重组的增值税问题——以2013年第66号公告为中心

■ 企业重组的营改增问题

▶资产重组的原营业税政策回顾

▶资产重组涉及的不动产和无形资产的增值税问题

一、企业重组的增值税问题

（一）资产重组的增值税政策——国税总局2011年第13号公告的适用

根据《增值税暂行条例》及《增值税实施细则》的规定，增值税的征收范围为销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物。因此，如果资产重组中涉及货物销售的，一般应当征收增值税。但《关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》（国家税务总局2011年第13号公告，下称“13号公告”）规定：“纳税人在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人，不属于增值税的征税范围，其中涉及的货物转让，不征收增值税。”因此，符合条件的企业资产重组中的货物转让不征收增值税。如何理解和适用该规定，需要注意如下几个问题：

1. 13 号公告适用的资产重组方式

根据 13 号公告的规定，资产重组的方式包括合并、分立、出售、置换等方式。对于合并、分立的概念可以按照《公司法》和参照 59 号文有关定义来适用；对于出售，应做一般意义上的增值税资产销售、出让、转让交易行为理解；对于置换，应理解为资产置入方以增值税应税财产置换置出方的标的资产的交易行为。因此，流转税概念下的资产重组与所得税概念下的企业重组并不完全一致。它通常不涉及后者中的债务重组、企业法律形式改变，至于股权收购、资产收购则有可能因收购方支付了增值税应税财产作为对价或者目标公司的资产涉及增值税应税财产而适用。

【疑难问题 23－1】流转税下的资产重组是否包括股权收购或资产收购重组？

在实践中，企业可能因企业合并、分立、出售、置换等资产重组方式，将全部或者部分增值税应税实物资产转让、出售给重组对方。譬如，在借壳上市中，上市公司将全部资产和负债与借壳方的置入资产进行置换，差额部分增发自身股份支付。这个交易属于典型的资产重组的“置换”方式。同时，从上市公司视角，它属于一个以股份和置出资产作为对价收购借壳方置入资产的资产收购重组交易，如果置出、置入资产中包括增值税应税货物，则它属于 13 号公告下的资产重组。再譬如，在上市公司发行股份购买资产中，如果标的资产属于出让方持有的目标公司的股权资产的话，则站在上市公司的视角，属于发行股份作为对价收购股权的股权收购交易；站在出让方的视角，显然股权资产不属于增值税的应税货物。

2. 符合“业务”转让的要求

从 13 号公告“将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人”（下称“业务”转让）的规定可以看出，仅仅转让全部或部分实物资产并不能满足不征增值税的要求，还必须将与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给同一单位才可。

【疑难问题 23－2】什么是流转税下的“业务”？

13 号公告规定，在资产重组交易中，将全部或部分实物资产以及其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人，不属于增值税的征税范围，其中涉及的货物转让，不征收增值税。从某种意义上讲，这即是我国的有关增值税的“TOGC”规则——“持续经营前提下的业务转让”（Transfer of a business as a going concern）。通常情况下，增值税纳税人销售货物都应按适用税率

缴纳增值税。但是，在持续经营前提下（符合“TOGC”规则）的业务转让中涉及的货物转让，如果符合相关条件，将不被视为提供增值税应税行为，不征收增值税。根据英国《1994 年增值税法案》[①] 第 94 条的规定：

“（1）本法中的‘业务’包括任何贸易（trade）、职业（profession）或行业（vocation）；（2）在不违背本法的任何其他一般原则的情况下，如下情形应被视为从事一个营业——（a）一个俱乐部、协会或组织（就一个认购或其他代价）为其成员便利或利益的供给；以及（b）对任何场所的人的有偿的许可进入；（3）……；（4）在一个贸易、职业或行业过程中或促进（furtherance）中，当一个人接受任何由他作为该办公室的拥有人所提供的办公室、服务将被视为在一个贸易、职业或行业过程中或促进中提供；（5）与终止或意图终止一个业务相关的任何行为被视为在该业务过程中或促进中被进行；（6）作为一个持续经营的业务的处置，或者其资产或负债（不论是否与其重组或清算相关）的处置，属于该业务过程中或促进中被提供。”

从上述对业务的定义来看，业务是一个非常宽泛的概念，它包括一切贸易或营业，包括但不限于终止或意图终止营业的相关的任何行为，以及对业务的处置或对其资产或负债的处置等。

我国增值税法并没有“业务”的概念，但在我国《企业会计准则第 20 号——企业合并》应用指南中却对“业务”做出了定义，可以作为参照。即：“业务是指企业内部某些生产经营活动或资产的组合，该组合一般具有投入、加工处理过程和产出能力，能够独立计算其成本费用或所产生的收入，但不构成独立法人资格的部分。比如，企业的分公司、不具有独立法人资格的分部等。”[②] 我国 13 号公告采用的是“全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力”的概念，但并未明确该等组合是否具有“投入、加工处理过程和产出能力，能够独立计算其成本费用或所产生的收入”的功能，笔者以为这正是我国增值税法需要借鉴的地方。

还需要注意的是，站在“业务”转让的观点就意味着，无论是全部资产组合，还是部分资产组合的重组交易都可以享受资产重组增值税政策，只要资产组合符合“业务”的标准。

3. 符合“业务转让”要求的实物销售的性质界定及实践应用

从 13 号公告“不属于增值税的征税范围”的规定来看，13 号公告从性质

---

① Value Added Tax Act 1994，s94：Meaning of “business” etc.

② 《企业会计准则第 20 号——企业合并》应用指南，第五条：“业务合并的处理”。

上将“业务”转让不视为增值税应税销售行为，而作为一种特殊的整体资产重组交易行为对待。

在实践中，对于企业合并，由于被合并企业的全部资产和负债由合并企业承继，而且一般情形下被合并企业的员工由合并企业承接，所以一般情形下所有的涉及增值税的实物资产都构成“业务”的一部分，适用13号公告不征税政策；对于企业分立，根据财产分割的情形，可以将分立分为两种：一是，财产分割时相应的债权、债务及劳动力发生共同分离转移，如公司营业部门、分支机构的分立。显然，这种情形的分立符合13号公告不征增值税的规定。二是，单纯的资产分离，没有相关的债权、债务及劳动力转让，这种情形的分立，不符合13号公告要求；对于符合条件的资产出售和置换方式，纳税人将其全部或部分资产以及与其关联的债权、债务、劳动力一起转让给其他个人或法人的行为，虽然不是合并、分立，但是由于其本质上属于“业务”的出售和置换，因此也纳入不征收增值税范围。

（二）留抵税额的问题

遗憾的是，13号公告并没有明确增值税留抵税额如何处理的问题。譬如，某企业将其全部资产、负债、劳动力都出售给其他法人单位，同时该企业还保留有留抵税额2000万元，则该留抵税额是否应当与相关的“业务”一并转让给新的法人单位呢？从税法原理上看，当然应该带走，但13号公告并没有明确。需要注意的是，《关于纳税人资产重组增值税留抵税额处理有关问题的公告》（国家税务总局2012年第55号公告，下称“55号公告”）第一条规定：“增值税一般纳税人（以下称‘原纳税人’）在资产重组过程中，将全部资产、负债和劳动力一并转让给其他增值税一般纳税人（以下称‘新纳税人’），并按程序办理注销税务登记的，其在办理注销登记前尚未抵扣的进项税额可结转至新纳税人处继续抵扣。”同时，55号公告明确，本公告自2013年1月1日起施行。需要注意的是，55号公告并没有完全解决13号公告遗留的留抵税额问题，因为55号公告适用的前提是“全部资产”的情形，所以站在13号公告的视角来看，仅仅只有企业合并才可能适用。

（三）借壳上市重组的增值税问题——以2013年第66号公告为中心

2013年11月19日，国家税务总局针对实务中出现的资产重组中的“多次转让”行为发布了《国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》（国家税务总局公告2013年第66号，下称“66号公告”）。66号公告明确：“纳

税人在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债经多次转让后，最终的受让方与劳动力接收方为同一单位和个人的，仍适用《国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》（国家税务总局公告2011年第13号）的相关规定，其中货物的多次转让行为均不征收增值税。资产的出让方需将资产重组方案等文件资料报其主管税务机关。”那么，如何理解和适用66号公告规定的“多次转让”行为呢？它又是针对什么样的情形来规范呢？让我们来做如下分析：

【疑难问题23－3】：如何理解和适用66号公告？

对于66号公告的理解和适用，笔者认为需要注意如下三个条件：

一是，必须是在合并、分立、出售、置换等资产重组过程中转让。有关分析参见前文，不再赘述；

二是，经过多次转让将符合要求的资产转让到同一单位和个人。即是说，在一个整体资产重组中，在前面的一次或多次交易中，并没有完全满足“将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人”的条件，但最终交易完成时满足了，则这样的多次资产转让行为将被视为一个整体交易从而适用13号公告的规定；

三是，必须存在一个事先的整体资产重组安排并报送主管税务机关。根据66号公告“资产的出让方需将资产重组方案等文件资料报其主管税务机关”的规定，我们可以看出，66号公告是针对的资产重组行为，一般都事先有重组计划，会明确重组的步骤、内容、交易对象、交易时间计划等，所以66号公告要求“资产的出让方需将资产重组方案等文件资料报其主管税务机关”就是这个道理。即是说多次资产转让事先是可以预见的譬如上面说的买壳上市。如果是这样，前面的转让就暂不征税，如果重组计划最终没有完成或多次转让最终没有完成并达到66号公告的要求，再征税。遗憾的是，66号公告并没有详细规定这些内容，在实务中需要与税务机构进行及时的沟通。

在实务中，最典型的可以适用66号公告的情形就是“买壳上市”重组。在一个买壳上市重组中，买壳方股东通常先需要取得上市公司的控股权，再将优质资产和上市公司的资产进行置换，买壳方股东可以再最终转让给原控股股东或实际控制人（作为收购对价的一部分），这可以构成“多次转让”，并且属于最终同一单位和个人，同时也属于重组计划的一部分。那么，66号公告起到什么作用？笔者的分析是，在上市公司置出的资产的交易中，资产同时置换给了多个受让方（多个买壳方股东），这个时候13号公告就不适用了。在后一资产

转让交易中，这些多受让方又一并转让给原控股股东或实际控制人，又将所有资产、负债及劳动力转让给同一人。这两次资产转让都属于一个整体资产重组的一部分而符合 66 号公告的要件。

最后，让我们来看一个适用66 号公告的借壳上市的实例：

【例 23－1】[①]“买壳上市”置出资产的“多次转让”——66 号公告的适用

2011 年 10 月 13 日，武汉力诺太阳能集团股份有限公司（以下简称“ST 力阳”，600885）与济南力诺玻璃制品有限公司（以下简称“力诺玻璃”）、厦门有格投资有限公司（以下简称“有格投资”）、联发集团有限公司（以下简称“联发集团”）、江西省电子集团有限公司（以下简称“江西省电子集团”）签署了《重大资产置换及非公开发行股份购买资产协议》。本次重大资产重组的总体方案为：

1. ST 力阳实施重大资产置换。公司以截至评估基准日合法拥有的全部资产和负债与有格投资、联发集团、江西省电子集团所合计持有厦门宏发电声股份有限公司（以下简称“厦门宏发”）75. 01% 的股权进行置换；

2. ST 力阳非公开发行股份。公司拟置入资产与拟置出资产之间的差额，由公司向有格投资、联发集团、江西省电子集团以非公开发行股份的方式支付。有格投资、联发集团、江西省电子集团将按各自在拟置入资产中的比例承接拟置出资产，各自以置入资产与承接置出资产的差额认购上市公司非公开发行的股份；

3. 拟置出资产的后续安排。有格投资、联发集团、江西省电子集团承接拟置出资产后，将拟置出资产以评估值的价格转让给力诺玻璃并且由公司直接过户给力诺玻璃，力诺玻璃支付全部拟置出资产转让价款（977. 23 万元）及由此带来的一切税费；

4. 员工安置。公司现有员工将按照“人随资产走”的原则于交割日后与公司解除劳动合同，并与力诺玻璃重新签订劳动合同。该等员工的劳动关系转移手续依照相关的劳动法律、法规办理。

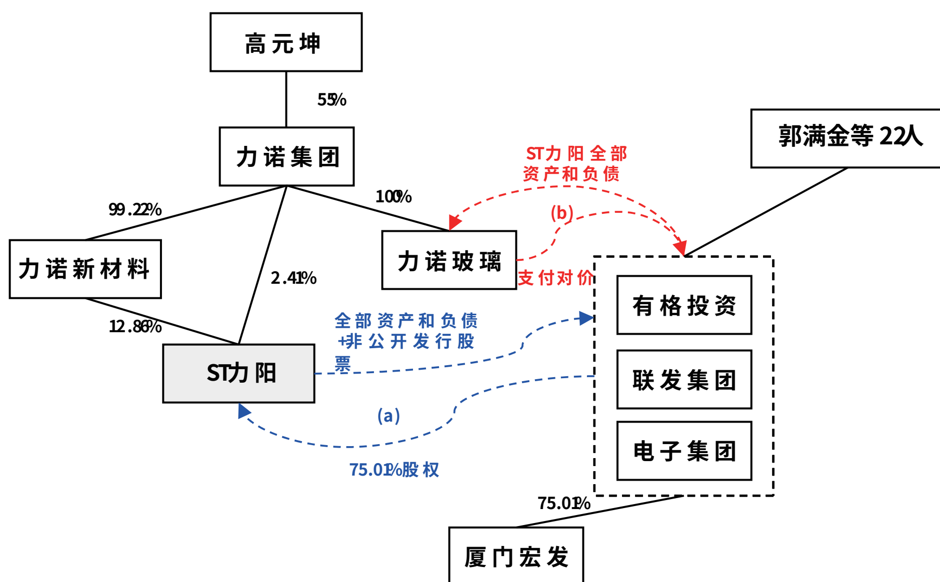
本次重大资产重组完成后，公司主营业务将由高硼硅玻璃管的生产销售转变为继电器的生产与销售。

截至本报告书签署日，力诺集团直接持有公司 370. 95 万股，占公司总股本的 2. 41%；力诺集团子公司力诺新材料直接持有公司 1, 977. 40 万股，占公司总

① 本案例来源于《企业并购重组税法实务：原理、案例及疑难问题剖析》，雷霆著，中国法律出版社 2015 年 8 月第 1 版，第 238 ~240 页。

股本的12.86%，是公司第一大股东；力诺集团直接和间接持有公司股份2,348.34万股，占本公司总股份的15.27%，是公司的控股股东。高元坤先生持有力诺集团股份有限公司55%的股权，为本公司实际控制人。有关股权架构图如下：

在交易之前，厦门宏发的股权结构为：有格投资持股42.41%、联发集团持股20.56%、江西省电子集团持股12.03%、联创光电持股24.99%。以郭满金为核心的22名一致行动人为厦门宏发的实际控制人。



本次交易前公司的总股本为15,374.38万股。按照《上市公司重大资产重组管理办法》第四十四条规定，上市公司发行股份的价格不得低于本次非公开发行股份购买资产的首次董事会决议公告日前20个交易日公司股票交易均价，即7.33元/股。本次交易ST力阳以发行股份方式支付在本次交易中置换资产差额236,682.38万元，按照本次发行股票价格7.33元/股计算，本次拟发行股份数量322,895,465股，其中分别向有格投资、联发集团、江西省电子集团发行182,581,449股、88,519,089股、51,794,927股。本次交易前后公司的股本结构变化如下表所示：

项目	本次交易前		本次交易后	
	持股数（万股）	持股比例	持股数（万股）	持股比例
1. 限售流通股			32, 289. 55	67. 74%
其中：有格投资			18, 258. 14	38. 31%
联发集团			8, 851. 91	18. 57%
江西省电子集团			5, 179. 49	10. 87%
2. 无限售流通股	15, 374. 38	100. 00%	15, 374. 38	32. 26%
总股本	15, 374. 38	100. 00%	47, 663. 92	100. 00%

本次交易完成后，公司的控股股东将由力诺集团变更为有格投资，实际控制人由高元坤变更为以郭满金为核心的22名一致行动人。

【解析】1. 本交易属于典型的“买壳上市”重组。其交易步骤分为资产置换并取得控制权和置出资产转让给原上市公司控股股东的关联子公司两个步骤：

（1）资产置换并取得控制权

在本交易中，郭满金为核心的22名一致行动人将其持有的厦门宏发75. 01%的股权置入上市公司ST力阳，ST力阳置出其全部资产和负债，置入资产和置出资产的差额部分以非公开发行股票的方式支付给厦门宏发的三名股东有格投资、联发集团、江西省电子集团，接受股份的比例按照其持股比例进行分配（参见上图中的交易步骤（a））。在本交易完成后，有格投资成为ST力阳的控股股东，郭满金为核心的22名一致行动人成为实际控制人；

（2）置出资产转让

随后，有格投资等三名股东将接受的ST力阳的全部资产和负债一并转让给资产受让方力诺玻璃（力诺集团100%控股的子公司），力诺玻璃支付现金对价给三名股东（参见上图中的交易步骤（b））。

2. 下面我们将讨论该案例中有关资产转让增值税的问题。

（1）在该案中，上市公司ST力阳将其全部资产和负债转让给有格投资、联发集团、江西省电子集团三家公司，三家公司按照各自在拟置入资产中的比例承接拟置出资产（以下简称“第一次转让”）。在第一次转让中，我们可以发现，资产的承接方为目标公司厦门宏发的三个股东，按照13号公告的规定，由于资产和负债及相关人员并没有全部转移给某一家公司，所以，其中涉及的货物转让需要征收增值税。

（2）随后，有格投资、联发集团、江西省电子集团三家公司将承接的资产

和负债全部以评估值的价格转让给力诺玻璃并且由ST力阳直接过户给力诺玻璃（以下简称“第二次转让”）。在第二次转让中，我们可以发现13号公告将适用，即是说本次转让涉及的货物转让不需要征收增值税。

（3）如果本案在2013年12月1日之后实施的话，让我们站在66号公告的基础上来分析本案。从最终结果来看，ST力阳置出的全部资产和负债以及人员一并转让给了力诺玻璃，满足66号公告“最终的受让方与劳动力接收方为同一单位和个人”的要求，所以仍适用13号公告的相关规定，其中货物的多次转让行为均不征收增值税。但是，ST力阳需将资产重组方案等文件资料报其主管税务机关。

二、企业重组的营改增问题

（一）资产重组的原营业税政策回顾

根据《营业税暂行条例》及《营业税实施细则》的规定，营业税的征收范围为有偿提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产的行为。因此，如果资产并购中涉及转让无形资产或者销售不动产的，一般应当征收营业税。《国家税务总局关于纳税人资产重组有关营业税问题的公告》（国家税务总局公告2011年第51号，下称“51号公告”）规定：“纳税人在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、债务和劳动力一并转让给其他单位和个人的行为，不属于营业税征收范围，其中涉及的不动产、土地使用权转让，不征收营业税。”因此，如果符合51号公告条件的资产重组不征收营业税。

在理解和适用上述规定时，我们可以发现，51号公告与资产重组有关增值税问题的13号公告的规定完全一致，其核心的政策精神在于，如果属于“业务”或者资产组合的重组时，不属于营业税征收范围，其中涉及的不动产、土地使用权转让，不征收营业税。需要关注的要点与资产重组涉及的增值税所述的类似，不再赘述。

（二）资产的不动产和无形资产的增值税问题

1. 销售不动产、转让无形资产属增值税应税范围

如本书前文所述，根据36号文附件1《营改增试点实施办法》第一条规定：“在中华人民共和国境内（以下称境内）销售服务、无形资产或者不动产（以下称应税行为）的单位和个人，为增值税纳税人，应当按照本办法缴纳增值税，

不缴纳营业税。”第九条规定：“应税行为的具体范围，按照本办法所附的《销售服务、无形资产、不动产注释》执行。”第十条规定：“销售服务、无形资产或者不动产，是指有偿提供服务、有偿转让无形资产或者不动产……。”此外，36 号文第十五条还规定，销售不动产，税率为 11%。转让土地使用权，税率为 11%。销售无形资产，税率为 6%。因此，一般情况下，试点增值税纳税人销售无形资产或不动产，转让土地使用权应依法缴纳增值税。

2. 销售专利技术和非专利技术的免税政策

根据附件 3“营业税改征增值税试点过渡政策的规定”（下称“《营改增试点过渡政策规定》”）第一条“下列项目免征增值税”第（二十六）项的规定，在试点期内，纳税人提供技术转让免征增值税。同时，技术转让是指《销售服务、无形资产、不动产注释》中“转让技术”范围内的业务活动。因此，如果资产重组涉及专利技术和非专利技术转让的，免征增值税；涉及商标、著作权、商誉和自然资源使用权（土地使用权除外，详见下文）和其他权益性无形资产转让的，依法缴纳增值税。

3. 资产重组涉及的不动产和土地使用权的不征税政策

根据 36 号文附件 2《营改增试点事项规定》第一条第（二）项第 5 点规定：“在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人，其中涉及的不动产、土地使用权转让行为。”该规定与前述的 13 号公告的规定精神保持一致。专门针对涉及的不动产和土地使用权作出了不征税规定。

专题24：企业改制重组的土地增值税问题

内容概览

在实践中的企业改制重组中，几乎都会涉及被改制企业的土地、房屋变更到改制后公司名下的操作，此时，如果该等房地产发生了增值的话，则可能会涉及土地增值税的问题。本专题包含如下内容：

■ 非公司制企业改建或股份制改建的土地增值税问题

■ 企业合并的土地增值税问题

■ 企业分立的土地增值税问题

■ 资产收购的土地增值税问题

■ 股权转让中涉及的土地增值税问题

■ 以房地产对外投资的土地增值税问题

■ 企业改制重组后再转让房地产的扣除问题

根据《土增税暂行条例》及《土增税实施细则》的规定，转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物并取得收入的单位和个人，为土地增值税的纳税义务人，应当缴纳土地增值税。如果在企业改制重组交易中，转让的资产涉及各种房屋、土地使用权时是否存在土地增值税呢？根据已被废止的原《财政部 国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知》（财税字［1995］第48号，下称“48号文”）第三条[①]的规定，“在企业兼并中，对被兼并企业将房地产转让到兼并企业中的，暂免征收土地增值税。”那么，什么是48号文第三条所述的“企业兼并”呢？这是一个颇具争议的事情。一种观点是，“企业兼并”按照1989年《关于企业兼并的暂行办法》（国家体改委、国家计委、财政

① 笔者注：根据《财政部 国家税务总局关于企业改制重组有关土地增值税政策的通知》（财税［2015］5号）第八条的规定，本通知执行期限为2015年1月1日至2017年12月31日。《财政部 国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知》（财税字［1995］48号）第一条、第三条，《财政部 国家税务总局关于土地增值税若干问题的通知》（财税［2006］21号）第五条同时废止。

部、财政部（89）体改经38号，下称“《兼并暂行办法》”）的规定，企业兼并属于广义的概念，包括股权收购、资产收购、净资产投资、企业合并等。在《财政部 国家税务总局关于企业改制重组有关土地增值税政策的通知》（财税［2015］5号，下称“5号文”）出台之后，对改制重组涉及的土地增值税政策进行了明确。下面我们将针对实务中六种主要的企业改制重组方式涉及的土地增值税的政策从法规规定以及法律原理层面进行分析讨论。

一、非公司制企业改建或股份制改建的土地增值税问题

5号文第一条规定：“按照《中华人民共和国公司法》的规定，非公司制企业整体改建为有限责任公司或者股份有限公司，有限责任公司（股份有限公司）整体改建为股份有限公司（有限责任公司）。对改建前的企业将国有土地、房屋权属转移、变更到改建后的企业，暂不征土地增值税。本通知所称整体改建是指不改变原企业的投资主体，并承继原企业权利、义务的行为。”

根据上述规定，非公司制企业整体改建为有限责任公司或股份有限公司应当遵循《公司法》有关公司设立的相关规定。《公司法》对有限责任公司变更为股份有限公司的规定主要在第九十五条：“有限责任公司变更为股份有限公司时，折合的实收股本总额不得高于公司净资产额。有限责任公司变更为股份有限公司，为增加资本公开发行股份时，应当依法办理。”从公司法原理来分析，这样的整体改建不会导致原企业的投资主体的变更，原企业的权利、义务由改建后的公司承继，企业主体并没有发生实质性变化，对于“国有土地、房屋权属转移、变更”到改建后的企业的，实质并没有发生土地和房屋权属的“转让”，不属于《土地增值税暂行条例》和《土地增值税暂行条例实施细则》所规定的“有偿”转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物（以下合称“房地产”）的行为。

令笔者困惑的是，为什么5号文规定的是“暂不征土地增值税”呢？笔者认为，既然不属于“有偿”转让房地产的行为，当然就不属于应税范围。这种情形与5号文后续第二至四条规定的情形，属于不同法律主体之间有偿转移还有所不同，后面几种情形可以使用“暂不征土地增值税”，因为它们属于应征范围，只不过给予了优惠政策而已。

二、企业合并的土地增值税问题

根据5号文第二条规定：“按照法律规定或者合同约定，两个或两个以上企

业合并为一个企业，且原企业投资主体存续的，对原企业将国有土地、房屋权属转移、变更到合并后的企业，暂不征土地增值税。”在企业合并中，被合并企业因为合并重组而将其拥有的国有土地、房屋权属转移到合并后企业，属于“有偿”转让房地产的行为，按规定应计征土地增值税，但5号文第二条规定“原企业投资主体存续”的，暂不征土地增值税。让我们以如下例子来进行分析说明：

【例24－1】企业合并中土地增值税的适用

假定，甲公司和乙公司都从事饮料制造和销售业务，A公司和B公司各自持有甲公司80%和20%的股权，C公司和D公司各自持有乙公司60%和40%的股权。为了整合业务运营以及提升市场竞争力，A和B公司决定拟由甲公司吸收合并乙公司。在合并基准日2014年6月30日，甲公司的注册资本为1,000万元，净资产账面价值为1,500万元，净资产的评估价为2,000万元。乙公司的注册资本为500万元，净资产账面价值为800万元，净资产的评估价为1,200万元。经甲乙双方协商一致，合并后的注册资本为1,500万元，确定甲乙公司价值按照评估值进行确定，因此，合并之后的甲公司的总体价值为3,200万元。A和B公司合计拥有权益价值为2,000万元，占股权比例为62.5%（2,000/3,200）；C和D公司合计拥有权益价值为1,200万元，占股权比例为37.5%（1,200/3,200）。假定，被合并的乙公司的资产中含有一幢价值200万元的房地产。

问题：该房地产在合并中转移给甲公司是否应征收土地增值税？

【解析】在本企业合并中，乙公司将价值200万元的房地产作价转移给了甲公司而换取了甲公司增发的股权，并在解散注销中将该等股权分配给了其股东C和D公司，C和D公司取得了该房地产对应价值的甲公司股权，因此，该交易属于一个“有偿”转让房地产的交易，属于应税行为。但根据财税［2015］5号第二条的规定，由于原被合并企业乙公司的投资主体C公司和D公司继续在合并后企业甲公司存续，因此，暂不征土地增值税。

在上例中，拥有房地产的被合并企业乙公司的股东C公司和D公司按照其股权比例在合并中换取了合并企业甲公司的股权。这属于典型的、一般意义上的“原企业投资主体存续”，但5号文规定的本意是否就仅指这种情形呢？笔者认为并非如此，分析如下：

【疑难问题24－1】如何理解“原企业投资主体存续”？

笔者认为，在企业合并重组中，原企业投资主体存续仅仅只是要求原企业投资主体在合并后企业持有股权，哪怕仅仅只有1股亦是如此，并不要求原投

资主体之间的股权比例保持原企业的股权比例。譬如，在【例 24－1】中，如果在合并中，乙公司的股东 D 公司希望获得一部分现金 80 万元，对应的股权比例 A 和 B 按照股权比例持有。则合并后甲公司的股权结构是：

A 和 B 合计持有的股权比例＝（2,000＋80）/3,200＝65%，其中，A 公司持有股权比例＝52%，D 公司持有股权比例＝13%，同时 A 公司和 B 公司分别支付 64 万元和 16 万元的现金。

C 和 D 合计持有的股权比例＝（1,200－80）/3,200＝35%，其中，C 公司持有股权比例＝22.5%，D 公司持有股权比例＝12.5%，同时 D 公司还获得 80 万元的现金。

此时，我们会发现，原被合并企业乙公司的投资主体 C 公司和 D 公司继续在合并后企业甲公司存续，但其股权比例与原比例并不一致了，因为 D 公司获取了部分现金对价，因此，其持有的甲公司股权相应地予以减少。

让我们进一步拓展讨论：假定，D 公司希望全部退出而获取全部现金，则此时，我们会发现，合并之后，A 公司和 B 公司将合计持有 77.5% 的股权，而 C 公司持有股权比例为 22.5%，D 公司将不再持有甲公司股权而获得 480 万元的现金退出。这个时候，依据财税［2015］5 号第二条的规定，原被合并企业乙公司的投资主体 C 公司和 D 公司并没有完全在合并后甲公司中存续，则对于乙公司转让房地产的行为应计征土地增值税。

上述分析，从后来出台的《财政部 国家税务总局关于进一步支持企业事业单位改制重组有关契税政策的通知》（财税［2015］37 号，下称“37 号文”）第十条对“投资主体存续”的相关解释“本通知所称投资主体存续，是指原企业、事业单位的出资人必须存在于改制重组后的企业，出资人的出资比例可以发生变动”中可以得到印证。

除此之外，在上市公司换股吸收合并提供现金选择权情况下，被合并企业的房地产转移是否属于暂免征土地增值税呢？笔者分析如下：

【疑难问题 24－2】上市公司换股吸收合并提供现金选择权的情形下，被合并企业的房地产转移是否属于暂免征土地增值税？

在上市公司换股吸收合并中，上市公司指定的第三方现金选择权提供方向被合并企业的异议股东提供的现金选择权的实质是，上市公司指定的第三方现金选择权提供方以确定的价格向异议股东收购其被合并企业的股权从而成为合并之后上市公司的股东。因此，只要哪怕有任一被合并企业股东行使了现金选择权完全退出的话，则必然将面临不满足“原企业投资主体存续”的要求。如

果被合并企业存在大量的房地产需要转移的话，则将产生极大的税负。如果是这样，岂不是比适用原财税字［1995］48号第三条规定“在企业兼并中，对被兼并企业将房地产转让到兼并企业中的，暂免征收土地增值税”（尽管实务中有争议）更是倒退。那么实务中这么多的上市公司换股吸收合并重组（特别是上市公司之间换股吸收合并）将如何面对？其核心的问题是，在上市公司换股吸收合并前或中，被合并企业异议股东转让股权的行为，在合并完成之后，是否满足“原企业投资主体存续”？笔者认为，此时，可以将现金选择权提供方视为被合并企业的“原企业投资主体”参与换股吸收合并。财政部和国家税务总局应该对此予以明确。

三、企业分立的土地增值税问题

在5号文出台之前，企业分立重组是否计征土地增值税在实践中争议颇大，在国家层面并无明晰的政策，仅仅是部分地方出台了政策。但5号文的出台明确了企业分立的土地增值税政策。5号文第三条规定：“按照法律规定或者合同约定，企业分设为两个或两个以上与原企业投资主体相同的企业，对原企业将国有土地、房屋权属转移、变更到分立后的企业，暂不征土地增值税。”需要注意的是如何理解“与原企业投资主体相同”？笔者认为，该条件意味着被分立企业的股东在分立企业中应同时持有股权才适用。譬如，A公司和B公司在被分立企业甲公司中分别持有80%和20%的股权，现在甲公司分立为新的甲公司和乙公司，如果A公司和B公司在甲、乙公司中依然分别持有80%和20%的股权比例（成比例分立）时，可以适用5号文第三条；如果A公司和B公司在甲、乙公司中分别持有股权，但股权结构有所变化，譬如A公司和B公司在甲公司分别持有70%和30%的股权，而在乙公司分别持有90%和10%股权（不成比例分立，只要分立前后股东的权益保持不变即可），此时也可适用5号文第三条。实务中，还可能存在另外一种不成比例的分立，即部分股东只在存续的被分立企业持有股权，部分股东只在分立企业持有股权。譬如，A公司100%持有甲公司股权，B公司100%持有乙公司股权，这种情况下，显然不能适用。

【疑难问题24－3】如何评价企业分立中的“原企业投资主体相同”？

为什么财税［2015］5号要规定这样的条件？笔者认为，我们需要从企业分立的实质来分析，我们讲，一般地，企业分立可以视为被分立企业将欲分离的资产投资设立分立企业并换取其发行的股权，然后被分立企业将换取的分立企业股权在其减资分配中分配给其全部或部分股东以回购全部或部分被分立企

业股权。我们可以发现，如果被分立资产中包含房地产的话，实质是被分立企业的一个投资行为。这跟本次被财税［2015］5 号废止的财税字［1995］48 号第一条、《财政部 国家税务总局关于土地增值税若干问题的通知》（财税［2006］21 号）第五条的规定的精神是一致的——其实，这跟我们后面要讲的财税［2015］5 号第四条的规定：“单位、个人在改制重组时以国有土地、房屋进行投资，对其将国有土地、房屋权属转移、变更到被投资的企业，暂不征土地增值税。”以及第五条：“上述改制重组有关土地增值税政策不适用于房地产开发企业。”是保持一致的。令笔者感到困惑的是，如果是这样，企业分立中被分立企业的投资主体是否相同与给予政策有必然联系和相关性吗？因为，如果财税［2015］5 号第四条的政策适用的话，则企业分立不论是否满足“原企业投资主体相同”已经不重要了——即是说，被分立企业投资主体是否全部存续并不应构成障碍。

四、资产收购中涉及的土地增值税问题

类似于企业合并，在 5 号文出台之前，实践中，我们一般援引原财税字［1995］48 号第三条来进行处理。在 5 号文出台之后，前述 48 号文第三条被废止，不能再作为政策的依据，而 5 号文并没有单独对资产收购重组给予优惠政策。因此，在实践中，如果属于资产收购重组的话，则将面临土地增值税的问题。这不能不说是一种政策上的“倒退”。

五、股权转让中涉及的土地增值税问题

股权转让是股东之间的交易，被收购企业并不涉及房屋产权和土地使用权转让，单纯的股权转让是不征收土地增值税的。而对于特殊的以转让房地产为盈利目的股权转让是否征收土地增值税则应予以重视。《国家税务总局关于以转让股权名义转让房地产行为征收土地增值税问题的批复》（国税函［2000］687 号，以下简称“687 号文”）规定：“你局《关于以转让股权名义转让房地产行为征收土地增值税问题的请示》（桂地税报［2000］32 号）收悉。鉴于深圳市能源集团有限公司和深圳能源投资股份有限公司一次性共同转让深圳能源（钦州）实业有限公司 100 % 的股权，且这些以股权形式表现的资产主要是土地使用权、地上建筑物及附着物，经研究，对此应按土地增值税的规定征税。”更早一些的批复是《安徽省地方税务局关于对股权转让如何征收土地增值税问题的批复》（皖地税政三字［1996］367 号）。该批复规定：“你局《关于省旅游开发

中心转让部分股权如何计征土地增值税的请示》（黄地税一字［1996］第136号）收悉。经研究，并请示国家税务总局，现批复如下：据了解，目前股权转让（包括房屋产权和土地使用权转让）情况较为复杂。其中，对投资联营一方由于经营状况等原因而中止联营关系，正常撤资的，其股权转让行为，暂不征收土地增值税；对以转让房地产为盈利目的的股权转让，应按规定征收土地增值税。因此，你局请示中的省旅游开发中心的股权转让，可按上述原则前款进行确定。”

从以上文件可以看出，第一，这是对股东以转让股权名义转让房地产行为税收筹划的一种封堵措施。那么这里土地增值税的纳税人是以转让股权名义转让房地产行为的股东，而不是拥有土地使用权的被收购企业；第二，股权转让以转让房地产为盈利目的的，征收土地增值税。如何判断股权转让是否以转让房地产为盈利目的，从文件规定看有两点：其一，判断被收购企业的资产是否主要是土地使用权、地上建筑物及附着物；其二，股东的转让股权比例。国税函［2000］687号只是对个案的批复，股权转让情况较为复杂，上述的原则性规定难以参照。实务中以转让房地产为盈利目的股权转让征收土地增值税的政策有待明确。

六、以房地产对外投资的土地增值税问题

依据已被废止的《财政部、国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知》（财税字［1995］48号）第一条的规定：“对于以房地产进行投资、联营的，投资、联营的一方以土地（房地产）作价入股进行投资或作为联营条件，将房地产转让到所投资、联营的企业中时，暂免征收土地增值税。对投资、联营企业将上述房地产再转让的，应征收土地增值税。”同时，依据已被废止的《财政部 国家税务总局关于土地增值税若干问题的通知》（财税［2006］21号）第五条规定，从2006年3月2日起，“对于以土地（房地产）作价入股进行投资或联营的，凡所投资、联营的企业从事房地产开发的，或者房地产开发企业以其建造的商品房进行投资和联营的，均不适用《财政部、国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知》（财税字［1995］48号）第一条暂免征收土地增值税的规定”。

综上所述，在5号文出台之前，非房地产开发企业以房地产进行投资、联营的，暂免征收土地增值税，房地产开发企业则视同销售处理，但是，只要投资方和接受投资方任何一方属于房地产开发企业的，则需要计算缴纳土地增值税。

在5号文出台之前，实践中，我们一般依据上述财税字［1995］48号第一条和财税［2006］21号第五条的规定来处理企业以房地产投资涉及的土地增值税问题。但5号文出台之后，前述48号文第一条和21号文第五条被废止，不能再作为政策的依据，而5号文第四条规定："单位、个人在改制重组时以国有土地、房屋进行投资，对其将国有土地、房屋权属转移、变更到被投资的企业，暂不征土地增值税。"第五条规定："上述改制重组有关土地增值税政策不适用于房地产开发企业。"如何理解和适用5号文第四条和第五条的规定？笔者认为，需要注意如下两点：一是，必须是"改制重组时"。按照5号文的规定，此处的"改制重组"应仅指非公司制企业改建和股份制改建、企业合并、企业分立三种情形；二是，房地产开发企业不能适用上述改制重组有关土地增值税政策。如果是这样的话，我们可以发现，如果企业以房地产进行投资时是否属于5号文规定的"改制重组"呢？按照5号文字面的描述应该是不属于，显然这属于5号文的一个不严谨的地方，因为如果这样理解和适用的话，5号文不但不是一个"进步"而是一个"倒退"。

七、企业改制重组后再转让房地产的扣除问题

财税［2015］5号第六条规定："企业改制重组后再转让国有土地使用权并申报缴纳土地增值税时，应以改制前取得该宗国有土地使用权所支付的地价款和按国家统一规定缴纳的有关费用，作为该企业'取得土地使用权所支付的金额'扣除。企业在重组改制过程中经省级以上（含省级）国土管理部门批准，国家以国有土地使用权作价出资入股的，再转让该宗国有土地使用权并申报缴纳土地增值税时，应以该宗土地作价入股时省级以上（含省级）国土管理部门批准的评估价格，作为该企业"取得土地使用权所支付的金额"扣除。办理纳税申报时，企业应提供该宗土地作价入股时省级以上（含省级）国土管理部门的批准文件和批准的评估价格，不能提供批准文件和批准的评估价格的，不得扣除。"

该条规定进一步明确了企业改制重组后再转让房地产时，如何计算土地增值税扣除项目等相关事项。其中，对于"取得土地使用权所支付的金额"的确定明确为"改制前取得该宗国有土地使用权所支付的地价款和按国家统一规定缴纳的有关费用"。另外，国家以国有土地使用权作价出资入股的，再转让该宗国有土地使用权并申报缴纳土地增值税时，应以该宗土地作价入股时省级以上（含省级）国土管理部门批准的评估价格为"取得土地使用权所支付的金额"。

专题25：企业改制重组的契税和印花税问题

内容概览

在实践中的企业改制重组中，几乎都会涉及被改制企业的土地、房屋变更到改制后公司名下的操作，此时，对于改制后公司承接该等土地、房屋是否涉及契税缴纳也是实务中发生争议的地方。此外，改制重组各方还可能因签订涉税凭据而发生印花税。本专题包含如下内容：

■ 非公司制企业改建或股份制改建的契税问题

■ 企业合并、分立的契税问题

■ 企业破产的契税问题

■ 资产划转的契税问题

■ 债转股、股权（股份）转让的契税问题

■ 划拨用地出让或作价出资的契税问题

■ 企业改制重组的印花税问题

一般情况下，依据《中华人民共和国契税暂行条例》（国务院令第224号）和《中华人民共和国契税暂行条例细则》（财法字［1997］52号）的规定，企业改制重组中，如果涉及土地使用权或房屋转让的，对于承受方应依法缴纳契税。但《财政部 国家税务总局关于进一步支持企业事业单位改制重组有关契税政策的通知》（财税［2015］37号，下称“37号文”）就企业、事业单位改制重组等涉及的契税优惠政策进行了明确。下面我们对此进行介绍。

一、非公司制企业改建或股份制改建的契税问题

37号文第一条规定：“企业按照《中华人民共和国公司法》有关规定整体改制，包括非公司制企业改制为有限责任公司或股份有限公司，有限责任公司变更为股份有限公司，股份有限公司变更为有限责任公司，原企业投资主体存续并在改制（变更）后的公司中所持股权（股份）比例超过75%，且改制（变

更）后公司承继原企业权利、义务的，对改制（变更）后公司承受原企业土地、房屋权属，免征契税。”

如何理解上述规定，需要注意如下要点：

1. 非公司制企业改制必须符合《公司法》相关规定，原企业投资主体存续并在改制（变更）后的公司中所持股权（股份）比例超过75%，且改建后的公司承受原企业土地、房屋权属，才能免征契税。

2. 企业改制要考虑两个条件。一是，企业改制必须是企业整体改制。整体改制，是指改制后的企业承继原企业全部权利和义务的改制行为。它不是部分资产的有偿转让，也不是整体转让分公司或分支机构。因为按照《公司法》的规定，分公司和分支机构不是企业法人，没有独立的权利和义务，对于这种行为不能免征契税；二是，原企业投资主体存续，且在改制（变更）后的公司中所持股权（股份）比例超过75%。在原财税［2012］4号文中，仅仅强调了“原企业投资主体存续”，但并没有对其进行解释。37号文第十条对此进行了明确，即“本通知所称投资主体存续，是指原企业、事业单位的出资人必须存在于改制重组后的企业，出资人的出资比例可以发生变动”，这是对以前争议的重大澄清，也顺应了实践的需要。笔者认为，公司制改造属于公司的变更登记行为而不是公司设立行为，所以在改制过程中可能引入了新的股东或者股东的股权比例有所变化，但资产所属的公司本身并未发生实质变化，变化的仅仅是公司股东层面，所以不会发生资产的真正的转移行为，不应属于契税的征收范围。譬如，实践中，有限责任公司IPO之前股改时引入了战略投资者或者PE增资就属于这种情形，我们可以发现，有限责任公司原股东在股改后的权益价值并没有发生变化，即使其股权比例已经被稀释。

3. 取消了国有企业或国有控股公司投资时有关契税的优惠政策，实现了契税上的“普惠制”。

37号文和财税［2012］4号文有关企业改制契税政策的规定对比如下表25－1：

表 25－1：财税［2015］37 号文和财税［2012］4 号文有关企业改制契税政策对比

财税［2012］4 号文	财税［2015］37 号文	修订变化说明
非公司制企业，按照《公司法》的规定，整体改建为有限责任公司（含国有独资公司）或股份有限公司，有限责任公司整体改建为股份有限公司，股份有限公司整体改建为有限责任公司的，对改建后的公司承受原企业土地、房屋权属，免征契税。上述所称整体改建是指不改变原企业的投资主体，并承继原企业权利、义务的行为。 非公司制国有独资企业或国有独资有限责任公司，以其部分资产与他人组建新公司，且该国有独资企业（公司）在新设公司中所占股份超过 50% 的，对新设公司承受该国有独资企业（公司）的土地、房屋权属，免征契税。 国有控股公司以部分资产投资组建新公司，且该国有控股公司占新公司股份超过 85% 的，对新公司承受该国有控股公司土地、房屋权属，免征契税。上述所称国有控股公司，是指国家出资额占有限责任公司资本总额超过 50%，或国有股份占股份有限公司股本总额超过 50% 的公司。	企业按照《中华人民共和国公司法》有关规定整体改制，包括非公司制企业改制为有限责任公司或股份有限公司，有限责任公司变更为股份有限公司，股份有限公司变更为有限责任公司，原企业投资主体存续并在改制（变更）后的公司中所持股权（股份）比例超过 75%，且改制（变更）后公司承继原企业权利、义务的，对改制（变更）后公司承受原企业土地、房屋权属，免征契税。	1. 删除原财税［2012］4 号第一条第二、三款，废除了国有企业或国有控股公司投资的特殊待遇，改为普惠制； 2. 财税［2015］37 号增加了“并在改制（变更）后的公司中所持股权（股份）比例超过 75%”，这意味着整体改制时引入新股东且其股权（股份）比例不超过 25% 时，也能享受免征契税； 3. 财税［2015］37 号第十条对“投资主体存续”做了解释：“本通知所称投资主体存续，是指原企业、事业单位的出资人必须存在于改制重组后的企业，出资人的出资比例可以发生变动。”

二、企业合并、分立的契税问题

37 号文第三条规定：“两个或两个以上的公司，依据法律规定、合同约定，合并为一个公司，且原投资主体存续的，对合并后公司承受原合并各方土地、房屋权属，免征契税。”第四条规定：“公司依照法律规定、合同约定分立为两个或两个以上与原公司投资主体相同的公司，对分立后公司承受原公司土地、房屋权属，免征契税。”①

① 笔者注：财税［2015］37 号文对公司合并、分立契税政策的规定与财税［2012］4 号文的规定基本一致，并无实质变化。

如何理解上述规定，需要注意：

1. 37 号文延续了原财税［2012］4 号关于公司合并的免税政策。需要注意的是，公司合并必须符合《公司法》及相关法规的规定，且对合并后的公司承受原企业土地、房屋权属，才能享受免征契税。此外，公司合并契税免税政策，只适用于“原投资主体存续的”情形。

2. 37 号文延续了原财税［2012］4 号关于公司分立的免税政策。需要注意的是，37 号文对公司分立使用的是“与原公司投资主体相同”的规定，根据 37 号文第十条的规定，“投资主体相同，是指公司分立前后出资人不发生变动，出资人的出资比例可以发生变动”。

三、企业破产的契税问题

37 号文第五条①规定：“企业依照有关法律、法规规定实施破产，债权人（包括破产企业职工）承受破产企业抵偿债务的土地、房屋权属，免征契税；对非债权人承受破产企业土地、房屋权属，凡按照《中华人民共和国劳动法》等国家有关法律法规政策妥善安置原企业全部职工，与原企业全部职工签订服务年限不少于三年的劳动用工合同的，对其承受所购企业的土地、房屋权属，免征契税；与原企业超过 30% 的职工签订服务年限不少于三年的劳动用工合同的，减半征收契税。”

需要注意的是，如果破产企业的土地属于划拨土地的，破产清算时由国家收回，承受土地以出让方式获得，受让方即使是债权人也要缴纳契税。

四、资产划转的契税问题

37 号文第六条②规定：“对承受县级以上人民政府或国有资产管理部门按规定进行行政性调整、划转国有土地、房屋权属的单位，免征契税。同一投资主体内部所属企业之间土地、房屋权属的划转，包括母公司与其全资子公司之间，同一公司所属全资子公司之间，同一自然人与其设立的个人独资企业、一人有限公司之间土地、房屋权属的划转，免征契税。”

如何理解上述规定，需要注意如下要点：

---

① 笔者注：财税［2015］37 号文对企业破产的契税政策的规定与财税［2012］4 号文的规定完全一致。

② 笔者注：财税［2015］37 号文对资产划转的契税政策的规定与财税［2012］4 号文的规定完全一致。

1. 对于第六条第一款规定，根据《关于印发关于企业国有资产办理无偿划转手续的规定的通知》（财管字［1999］301 号）规定：“企业国有资产无偿划转是指企业因管理体制改革、组织形式调整和资产重组等原因引起的整体或部分国有资产在不同国有产权主体之间的无偿转移”。以及第五条规定：“凡占有、使用国有资产的部门和企业发生下列产权变动情况的，应按本规定办理企业资产无偿划转手续：1. 企业因管理体制、组织形式调整，改变行政隶属关系的；2. 国有企业之间无偿兼并；3. 企业间国有产权（或国有股权）的无偿划转或置换；4. 组建企业集团，理顺集团内部产权关系；5. 经国家批准的其他无偿划转行为。”因此，行政性划转是法定的行为，免征契税是合理的。

2. 对于第六条第二款规定，37 号文延续了财税［2012］4 号文件关于资产划转的免税政策。把握该款规定需要注意两点：一是转出与受让企业是否拥有共同的投资者，即其投资主体是否相同；二是该项行为不属于市场的交易行为，转出资产企业与受让资产企业均系单方面行为，站在同一实际控制人的视角，转出方并未因此获得相关的经济利益，受让方也并未因此付出相关的经济利益。

最后，需要注意的是，37 号文政策的有效期为 2015 年 1 月 1 日至 2017 年 12 月 31 日。

五、债转股、股权（股份）转让的契税问题

（一）债转股的契税问题

37 号文第七条[①]规定：“经国务院批准实施债权转股权的企业，对债权转股权后新设立的公司承受原企业的土地、房屋权属，免征契税。”本条规定是对政策性债转股的特殊优惠政策，不需要经过国务院批准的普通债转股后新设立的公司承受原企业的土地、房屋权属，不免征契税。

需要经国务院批准实施的债转股是政策性债转股。其主要依据是《金融资产管理公司条例》（国务院令第 297 号）、《国务院办公厅转发国家经贸委、财政部、人民银行关于进一步做好国有企业债权转股权工作意见的通知》（国办发［2003］8 号）和《国务院办公厅转发财政部等部门关于推进和规范国有企业债权转股权工作意见的通知》（国办发［2004］94 号）。

令笔者疑惑的是，本条规定背后的立法精神和逻辑。我们知道，对于“债

① 笔者注：财税［2015］37 号文对债转股的契税政策的规定与财税［2012］4 号文的规定完全一致。

转股”而言，实质是债权人以对债务人企业的债权资产对债务人投资，相当于债务人企业以现金偿还给债权人，债权人再以现金对债务人企业投资。从这个逻辑上看，“债转股”仅仅属于债务人企业债务和股本之间的转换，债务人企业本身并不发生变化，并不涉及债务人企业的土地、房屋权属的转移，应属不征收契税范畴，而不是免征契税。

（二）股权（份）转让的契税问题

37 号文第九条[①]规定：“在股权（股份）转让中，单位、个人承受公司股权（股份），公司土地、房屋权属不发生转移，不征收契税。”本条规定适用于《公司法》规定的有限责任公司和股份有限公司。其实质是，股权（份）转让行为并不涉及公司土地、房屋权属的转移，仅仅是公司股东层面的一个变更，这是《公司法》规定的公司财产和股东财产有所区别的体现。

六、划拨用地出让或作价出资的契税问题

37 号文第八条[②]规定：“以出让方式或国家作价出资（入股）方式承受原改制重组企业、事业单位划拨用地的，不属上述规定的免税范围，对承受方应按规定征收契税。”本条规定的情形实质是，改制重组企业、事业单位原取得的是国家划拨用地，但在改制转变为公司制的过程中，需要补交土地出让金转为出让方式取得或者国家作价出资（入股），这样改制重组企业、事业单位承受了出让取得或作价出资（入股）的土地，根据《契税暂行条例》的规定，国有土地使用权出让属于应税行为。根据《契税暂行条例细则》的规定，以土地、房屋权属作价投资、入股属于视同土地使用权转让征税范围。所以，该条规定，“不属上述规定的免税范围，对承受方应按规定征收契税”。

七、企业改制重组的印花税问题

根据《中华人民共和国印花税暂行条例》第一条规定：“在中华人民共和国境内书立、领受条例所列举凭证的单位和个人，都是印花税的纳税义务人，应当按照本条例规定缴纳印花税。”第二条规定：“下列凭证为应纳税凭证：（一）购销、加工承揽、建设工程承包、财产租赁、货物运输、仓储保管、借款、财

---

① 笔者注：财税［2015］37 号文对股权（份）转让的契税政策的规定与财税［2012］4 号文的规定完全一致。

② 笔者注：本条是将财税［2012］4 号第十条第一款拿出单独列为一条，内容没有变化。

产保险、技术合同或者具有合同性质的凭证；（二）产权转移书据；（三）营业账簿；（四）权利、许可证照；（五）经财政部确定征税的其他凭证。”依据前述规定，企业并购重组交易中可能涉及征收印花税的凭证主要包括上述列举的前四项。

但是，《财政部 国家税务总局关于企业改制过程中有关印花税政策的通知》（财税［2003］183 号）明确：

（1）“企业改制前签订但尚未履行完的各类应税合同，改制后需要变更执行主体的，对仅改变执行主体、其余条款未作变动且改制前已贴花的，不再贴花”；

（2）“企业因改制签订的产权转移书据免予贴花”；

（3）“以合并或分立方式成立的新企业，其新启用的资金账簿记载的资金，凡原已贴花的部分可不再贴花，未贴花的部分和以后新增加的资金按规定贴花”。

但在实务中，引起纳税人和税务局广泛争议的是财税［2003］183 号的适用范围的问题：一是，该文件适用于哪些企业？二是，什么是“企业改制”？

关于第一个问题，财税［2003］183 号的前言部分描述“为贯彻落实国务院关于支持企业改制的指示精神，规范企业改制过程中有关税收政策……”中的“指示”应该是指《关于规范国有企业改制工作的意见》（国务院办公厅，国办发［2003］96 号）。国办发［2003］96 号很明确就是针对“国有企业改制”，而财税［2003］183 号是针对“企业改制”过程中涉及的几种情况：（1）资金账簿：公司制改造、合并分立、债转股、评估增值、转增资本（或转入资本公积）；（2）各类应税合同；（3）产权转移书据。因此，按照文件出台背景来看，财税［2003］183 号似乎仅仅适用于“国有企业改制”。

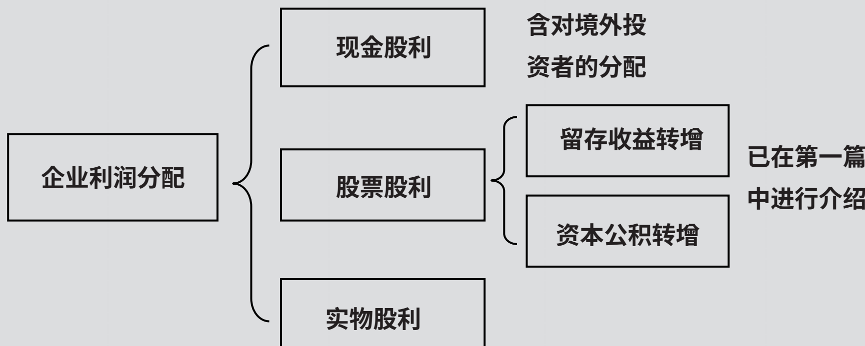
关于第二个问题，那就更是“仁者见仁，智者见智”！严格地讲，在中国法意思上，“企业改制”不是一个法律术语，对企业改制到底指什么，都包括哪些交易活动，各地税务机关都理解不一。国办发［2003］96 号规定“国有企业改制应采取重组、联合、兼并、租赁、承包经营、合资、转让国有产权和股份制、股份合作制等多种形式进行”，从这个描述来看，国有企业改制似乎包含重组、兼并、转让国有产权等。

尽管如此，在实务中通常将该文件援引为企业合并等重组交易行为适用印花税的规范性文件依据。

第三篇　企业利润分配

本篇综述

应该讲，公司股东对公司投入的根本目的在于使其股东利益最大化。股东从公司获得的经济回报表现为多种形式。主要包括：一是，从公司获得股息（dividend），包括现金、非现金的其他财产以及公司股票等；二是，对持有的公司股票进行转让，获得资本转让收益；三是，与公司通过回赎（redemption）的方式进行股票与现金或其他财产的交换（实质是减资或撤资）从而实现股东利益。对于第一种方式，公司主要通过向股东做出分配得以实现；对于第二种方式，公司与第三人之间主要通过股权或股份转移协议的方式得以实现；对于第三种方式，公司通过回赎的方式与股东之间进行股票的回收。由于公司的分配和回赎本身具有相应的税收后果。在本书第二篇中，笔者已对第二种方式进行了介绍；在本书第四篇中，笔者将对第三种方式进行介绍；在本篇，笔者将对第一种方式进行介绍。笔者将企业利润分配的方式总结为如下框图作为本篇总领之提纲：



本篇主要对企业运营阶段的利润分配的税务处理问题进行介绍。本篇的主要内容包括：企业利润分配的税务问题、超额分配的所得税问题、对境外投资者股息分配的所得税问题、不按股权比例分红的所得税问题以及已宣告未到支付期股利转让的所得税问题。

有关 QFII、RQFII 及沪港通股息税收政策，我们将放在第六篇“资本交易的特殊业务”中介绍。

专题 26：企业利润分配的税务问题

内容概览

从本专题开始，我们将进入有关企业分配的税法领域。企业分配主要涉及的税收问题是所得税问题。当然，如果涉及实物或其他财产分配的（但一般很少见），还可能涉及增值税、土地增值税等税负。本专题包含如下内容：

■ 居民企业、非居民企业的界定及适用税率

■ 企业留存收益（未分配利润和盈余公积）分配的所得税政策

■ 上市公司股息红利差别化个人所得税政策

■ 企业实物及其他财产分配的税务问题

一、居民企业、非居民企业的界定及适用税率

（一）居民企业、非居民企业的概念及界定

2008 年 1 月 1 日施行的《企业所得税法》及其实施条例首次提出了“居民企业”和“非居民企业”的概念。

《企业所得税法》第二条第二款规定：“本法所称居民企业，是指依法在中国境内成立，或者依照外国（地区）法律成立但实际管理机构在中国境内的企业。”《企业所得税法实施条例》第三条规定：“企业所得税法第二条所称依法在中国境内成立的企业，包括依照中国法律、行政法规在中国境内成立的企业、事业单位、社会团体以及其他取得收入的组织。企业所得税法第二条所称依照外国（地区）法律成立的企业，包括依照外国（地区）法律成立的企业和其他取得收入的组织。”因此，我国企业所得税法上的“企业”包括国有企业、集体企业、私营企业、联营企业、股份制企业、外商投资企业、有生产经营所得的事业单位、社会团体等。但不包括合伙企业、个人独资企业（依据外国或地区法律成立的除外）。

《企业所得税法》第二条第三款规定：“本法所称非居民企业，是指依照外

国（地区）法律成立且实际管理机构不在中国境内，但在中国境内设立机构、场所的，或者在中国境内未设立机构、场所，但有来源于中国境内所得的企业。”《企业所得税法实施条例》第五条规定：“企业所得税法第二条第三款所称机构、场所，是指在中国境内从事生产经营活动的机构、场所，包括：1. 管理机构、营业机构、办事机构；2. 工厂、农场、开采自然资源的场所；3. 提供劳务的场所；4. 从事建筑、安装、装配、修理、勘探等工程作业的场所；5. 其他从事生产经营活动的机构、场所。非居民企业委托营业代理人在中国境内从事生产经营活动的，包括委托单位和个人经常代其签订合同，或者储存、交付货物等，该营业代理人视为非居民企业在中国境内设立的机构、场所。”

针对上述居民企业和非居民企业的定义，现将两者的判定标准（原则）以及定义归纳总结如下表 26－1：

表 26－1：居民企业和非居民企业的判定标准

企业分类标准	登记注册地标准	实际控制管理地标准
居民企业	依法在中国境内成立的企业	依照外国（地区）法律成立，且实际管理机构在中国境内。
非居民企业	1. 依照外国（地区）法律成立；且 2. 实际管理机构不在中国境内；且 3. 在中国境内设立机构、场所，或者未设立机构、场所，但有来源于中国境内所得的企业。	

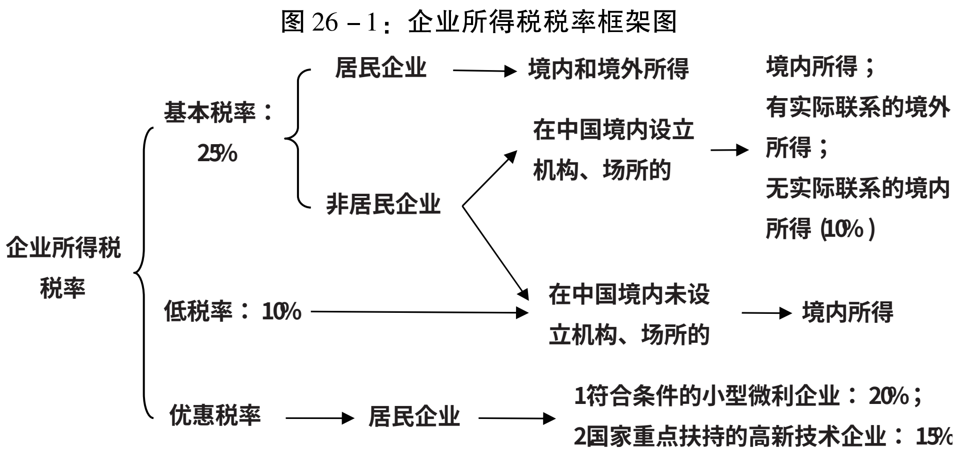
（二）居民企业、非居民企业的企业所得来源及适用税率

《企业所得税法》第三条规定：“居民企业应当就其来源于中国境内、境外的所得缴纳企业所得税；非居民企业在中国境内设立机构、场所的，应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得，以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得，缴纳企业所得税；非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税。”《企业所得税法》第四条规定：“企业所得税的税率为 25%。非居民企业取得本法第三条第三款规定的所得，适用税率为 20%。”《企业所得税法》第二十七条规定：“企业的下列所得，可以免征、减征企业所得税：……（五）本法第三条第三款规定的所得。”《企业所得税法实施条例》第九十一条规定：“非居民企业取得企业所得税法第二十七条第（五）项规定的所得，减按 10% 的税率征收企业所得税。”

《企业所得税法实施条例》第七条规定："企业所得税法第三条所称来源于中国境内、境外的所得，按照以下原则确定：1. 销售货物所得，按照交易活动发生地确定；2. 提供劳务所得，按照劳务发生地确定；3. 转让财产所得，不动产转让所得按照不动产所在地确定，动产转让所得按照转让动产的企业或者机构、场所所在地确定，权益性投资资产转让所得按照被投资企业所在地确定；4. 股息红利等权益性投资所得，按照分配所得的企业所在地确定；5. 利息所得、租金所得、特许权使用费所得，按照负担或者支付所得的企业或者机构、场所所在地，负担或者支付所得的个人的住所所在地确定；6. 其他所得，由国务院财政、税务主管部门确定。"

笔者将有关企业所得税税率总结为如下框架图 26－1：

图 26－1：企业所得税税率框架图



上图 29－1 体现了国际税法中的属人管辖原则和属地管辖原则：

1. 居民企业对中国政府承担无限纳税义务，应就来源于境内、境外所得向中国政府申报纳税；

2. 非居民企业对中国政府承担有限纳税义务，非居民企业在中国境内机构、场所承担与其本身有关（实际联系）的所得（境内和境外）承担无限纳税义务。

有关企业所得来源及适用税率见下表 26－2：

表 26－2：居民企业和非居民企业适用税率表

<table>
<tr><td rowspan="2" colspan="2">所得来源
联系
企业分类</td><td colspan="3">境内</td><td colspan="2">境外</td></tr>
<tr><td colspan="2">与机构有实际联系</td><td>与机构无实际联系</td><td>与机构有实际联系</td><td>与机构无实际联系</td></tr>
<tr><td colspan="2">居民企业</td><td colspan="5">《企业所得税法》§3(1):25%,《企业所得税法》§26(2)、《实施条例》§83:免税</td></tr>
<tr><td rowspan="3">非居民企业</td><td rowspan="2">境内有机构、场所</td><td colspan="2">《企业所得税法》§3(2)(a)、§4(1):25%</td><td rowspan="2">《企业所得税法》§3(3)(b)、§4(2)、§27;《实施条例》§91:10%</td><td rowspan="2">《企业所得税法》§3(2)(b):25%</td><td rowspan="2">×</td></tr>
<tr><td>非权益性投资:25%</td><td>权益性投资:《企业所得税法》§26(3)、《实施条例》§83:免税</td></tr>
<tr><td>境内无机构、场所</td><td colspan="3">《企业所得税法》§3(3)(a)、§4(2)、§27;《实施条例》§91:10%</td><td>×</td><td>×</td></tr>
</table>

注：《企业所得税法》§3（1）是指：《企业所得税法》第3条第（1）款所规定的居民企业来源于中国境内、境外的所得；《企业所得税法》§26（2）的规定，“符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益”免税；《企业所得税法》§3（2）（a）是指：《企业所得税法》第3条第（2）款第一句所规定的非居民企业设立的境内机构、场所取得的来源于境内的所得，其中，依据《企业所得税法》§26（3）的规定，“在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益”免税；《企业所得税法》§3（2）（b）是指：《企业所得税法》第3条第（2）款第二句所规定的非居民企业设立的境内机构、场所取得的来源于境外的与该机构、场所有实际联系的所得；《企业所得税法》§3（3）（b）是指：《企业所得税法》第3条第（3）款第二句所规定的非居民企业虽在境内设立机构、场所，但取得的来源于境内的所得与该机构、场所无实际联系；《企业所得税法》§3（3）（a）是指：《企业所得税法》第3条第（3）款第一句所规定的在境内未设立机构、场所，取得的来源于境内的所得。

需要特别注意的是，对于《企业所得税法》第二十六条第（三）项规定的，“在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益”免于征税。这涉及什么是机构、场所以及税收协定中“常设机构”的判定。其原理在于，将境内设立的机构、场所视同为“居民企业”对待，对与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益视同为居民企业与居民企业之间的免税股息、红利待遇。譬如，

本书“专题35：有限合伙私募股权投资基金的税务问题”将要介绍的境外投资者在中国境内设立的股权投资基金（有限合伙）构成“机构、场所”，其从被投资企业（居民企业）取得的股息、红利等权益性投资收益将“穿透”视为境外投资者直接从被投资企业（居民企业）取得的股息、红利等权益性投资收益，如果该收益被认定为与其在境内设立的“机构、场所”有“实际联系”的，适用《企业所得税法》第二十六条第（三）项规定的免税政策。

二、企业留存收益（未分配利润和盈余公积）部分分配的所得税政策

我们在第一部分中对《企业所得税法》及其实施条例建立的居民企业和非居民企业的纳税义务及适用税率进行了总结和回顾，为我们对居民企业进行利润分配的所得税政策分析奠定了基础。

应该讲，企业的未分配利润和盈余公积都来源于企业的税后利润，企业可以对留存收益部分进行分配，通常采取的方式有现金股利、股票股利或者实物股利（实践中较为少见）等，还可以未分配利润、盈余公积转增资本或股本（请读者参阅专题3：资本公积、留存收益转增的所得税问题）。按照一般的税法原理，来自于留存收益部分的分配属于分配的股息。下面针对企业股东和个人股东分别进行介绍。

（一）利润分配时，企业股东的所得税政策

利润分配时，企业股东的所得税政策主要包括两个方面的问题：一是，企业分配收入的确认问题；二是，企业股东接收分配资产的计税基础确定的问题。

1. 居民企业股东

（1）企业分配收入确认的问题

如前所述，根据不同的企业分配方式，企业股东确认收入采取不同的方式。对于现金股利，股东按照该现金的金额确定收入的实现；对于实物股利，股东按照接受的非货币性资产的公允价值确定收入的实现。前述两种方式的政策是明确的，但对于股票股利的政策则略不清晰。笔者分析如下：

【疑难问题26－1】企业派发股票股利时，股东按什么价值确定收入？

原《国家税务总局关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》（国税发

［2008］118 号）[①] 第一条第（四）项规定："企业从被投资企业分配取得的非货币性资产，除股票外，均应按有关资产的公允价值确定投资所得。企业取得的股票，按股票票面价值确定投资所得。"在国税发［2008］118 号被废止之后，根据《关于贯彻落实企业所得税法若干税收问题的通知》（国税函［2010］79 号）第四条"关于股息、红利等权益性投资收益收入确认问题"第一款的规定："企业权益性投资取得股息、红利等收入，应以被投资企业股东会或股东大会作出利润分配或转股决定的日期，确定收入的实现。"该规定明确，企业派发股票股利时，企业股东应确认收入的实现，视为企业先分配现金股利，股东再以该现金股利再投资。但该规定并没有规定按照多少金额来确认收入，是按照股票票面面值，或是股票的公允价值或股票股利派发当日的市价处理？从实践来看，基本遵循原国税发［2008］118 号文的精神，按股票的票面价值确定，这也与个人股东对股票股利按票面价值确认保持一致［见《关于征收个人所得税若干问题的规定》（国税发［1994］089 号）[②]］。如果按照票面价值确认，票面价值和公允价值或市价之间的差额部分在以后股票处置时得以实现并确认。

除了上述两种方式之外，实际还存在另外一种处理方法，这是美国税法的处理方法。美国税法基于经济实质原则，认为股东并没有真正地取得收入，不将股票股息视为财产分配，股东取得的股票股息不确认收入，并且不影响原旧股票总的计税基础，只不过按照新旧股票各自的公允价值的比例对原旧股票总的计税基础在新旧股票之间进行分配。即是说，它将股票股利视为每股股票权益的摊薄，不视为收入的实现。当然，如何处理与各国的法律、市场经济、资本市场的健全等各方面的因素都有关系。从我国现状来看，由于股票市场发育尚不成熟，股价波动较大，使得股票的公允价值难以确定，公司发放股票股利一般按照股票面值进行折股，因为股票面值一般为 1 元，这使股票股利的数额与折股的股票面值总额保持一致，因而不涉及折股中的溢价问题。从纳税角度看，这一处理有利于公司减轻股东税赋，因为如按市价结转，其结转金额无疑会远远超过面值数额，由此应由股东承担的税赋也是相当重的。

同时，如果企业和股东之间属于居民企业之间的股息分配的话，依据《企

---

① 笔者注：该文被《国家税务总局关于公布全文失效废止部分条款失效废止的税收规范性文件目录的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 2 号）于 2011 年 1 月 4 日全文废止。

② 该文第十一条"关于派发红股的征税问题"规定："股份制企业在分配股息，红利时，以股票形式向股东个人支付应得的股息，红利（即派发红股），应以派发红股的股票票面金额为收入额，按利息、股息、红利项目计征个人所得税。"

业所得税法》第二十六条、《企业所得税法实施条例》第八十三条的规定，免征企业所得税。在这种情况下，并不区分是现金股利或实物股利，只要未超过留存收益份额的部分，股东免予缴纳企业所得税。

需要注意的是，对于分配企业，如果属于现金股利或股票股利，则不存在所得税的问题，但是如果属于实物股利的话，则依据《企业所得税法实施条例》第二十五条的规定："企业发生非货币性资产交换，以及将货物、财产、劳务用于捐赠、偿债、赞助、集资、广告、样品、职工福利或者利润分配等用途的，应当视同销售货物、转让财产或者提供劳务，但国务院财政、税务主管部门另有规定的除外。"因此，分配企业视为按照公允价值销售或转让该实物资产和分配处理。此时，分配企业将依法缴纳其他税金（比如，增值税）和企业所得税。

（2）股东接受资产计税基础的确定问题

对于实物股利，由于分配企业视同销售或转让并缴纳企业所得税，因此股东接受资产计税基础应该以该等资产的公允价值确定。如果企业分配的是股票股利，依据前述，原则上股东收到的股票的计税基础按照股票的票面金额确定。

【例 26－1】 企业派发股票股利时，股东股份计税基础的确定

假定，甲公司（上市公司）注册资本 10000 万元，A 公司持有 500 万股，投资成本为 1000 万元（2 元/股）。现甲公司以未分配利润派发股票股利 10：10，则 A 公司将取得 500 万股股票，按照股票面值确认收入 500 万元，由于属于居民企业之间的红利分配，免征企业所得税。同时，调增持有的甲公司股份的计税基础 500 万元。则，送股后，A 公司每股计税基础＝（1000＋500）/（500＋500）＝1.5（元/股）。如果在美国税法下，送股时不确认收入，视为对原股票计税基础总额的摊薄处理。则，A 公司每股计税基础＝1000/（500＋500）＝1（元/股）。

【例 26－2】 实物股利的所得税税务处理

假定，A 公司和 B 公司（皆为居民企业）各投资 900 万元和 600 万元现金于 2013 年 1 月 1 日设立了 C 股份有限公司，各取得了 C 公司面值 1 元/股的股票 600 万股和 400 万股，C 公司的股本为 1,000 万元，资本公积（股本溢价）500 万元。A 公司持有 C 公司的 60% 股权，该股权的计税基础为 900 万元，X 公司采用成本法核算长期股权投资。截至 2013 年 12 月 31 日，C 公司的所有者权益为 3600 万元，其中：股本 1000 万元、资本公积 600 万元（其中，股本溢价 500 万元，其他资本公积 100 万元）、法定盈余公积 400 万元、未分配利润 1600 万元。假定，在 2014 年，C 公司以未分配利润和盈余公积作出 585 万元的实物

（存货）股息分配（含税，存货的成本和计税基础为 300 万元）。则 A 公司和 C 公司如何进行会计和所得税税务处理？

【解析】1. C 公司和 A 公司的会计处理见下表：

C 公司会计处理	A 公司会计处理
在股利宣告发放日： 借：利润分配——应付实物股利 585 贷：应付股利——应付实物股利 585	在股利宣告发放日： 借：应收股利 351（585 × 60%） 贷：投资收益 351
在股利实际发放日： 借：应付股利——应付实物股利 585 贷：主营业务收入 500 应交税费——应交增值税（销项税）85 借：主营业务成本 300 贷：库存商品 300	在股利实际发放日： 借：存货 300（500×60%） 应交税费——应交增值税（进项税）51 贷：应收股利 351

2. C 公司和 A 公司的税务处理如下：

（1）对于 C 公司而言，在留存收益（2,000 万元）范围内的分配属于股息分配。C 公司分配非货币性资产（存货）应当视为按照其公允价值销售和分配两项业务处理。因此，C 公司在分配存货中应确认所得 = 500 − 300 = 200（万元）。会计处理与税法处理保持一致，不需要做纳税调整；

（2）对于 A 公司而言，分配获得的实物资产应当按照公允价值确定收入 300 万元。依据企业所得税法的规定，在留存收益范围内的分配属于股息所得，免征企业所得税，应做纳税调减。A 公司取得的实物资产的计税基础按照公允价值 300 万元确定。

2. 非居民企业股东

根据《企业所得税法》第三条、第二十六条的规定，对于非居民企业股东而言，将视该非居民企业是否在境内设立机构、场所等具体情况，按本文第一部分所述的相关规定执行。一般情况下，缴纳 10% 的预提所得税，享受税收协定税率的除外。对于分配企业而言同居民企业股东的分析。

还需要注意，《财政部 国家税务总局关于企业所得税若干优惠政策的通知》（财税［2008］1 号）第四条“关于外国投资者从外商投资企业取得利润的优惠政策”规定：“2008 年 1 月 1 日之前外商投资企业形成的累计未分配利润，在 2008 年以后分配给外国投资者的，免征企业所得税；2008 年及以后年度外商投资企业新增利润分配给外国投资者的，依法缴纳企业所得税。”

（二）利润分配时，个人股东的所得税政策

1. 境内个人股东

（1）分配收入确认的问题

根据《个人所得税法》的规定，股息、红利应纳个人所得税，以每次收入额为应纳税所得额，适用 20% 的比例税率。《国家税务总局关于印发〈征收个人所得税若干问题的规定〉的通知》（国税发［1994］089 号）第十一条“关于派发红股的征税问题”的规定：“股份制企业在分配股息、红利时，以股票形式向股东个人支付应得的股息、红利（即派发红股），应以派发红股的股票票面金额为收入额，按利息、股息、红利项目计征个人所得税。”因此，个人收到股票股息时，应当按照股票票面金额确认收入。《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发［1997］198 号）规定：“二，股份制企业用盈余公积金派发红股属于股息，红利性质的分配，对个人取得的红股数额，应作为个人所得征税。”《国家税务总局关于盈余公积金转增注册资本征收个人所得税问题的批复》（国税函发［1998］333 号）规定：“青岛路邦石油化工有限公司将从税后利润中提取的法定公积金和任意公积金转增注册资本，实际上是该公司将盈余公积金向股东分配了股息、红利，股东再以分得的股息、红利增加注册资本。因此，依据《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发［1997］198 号）精神，对属于个人股东分得再投入公司（转增注册资本）的部分应按照‘利息、股息、红利所得’项目征收个人所得税，税款由股份有限公司在有关部门批准增资、公司股东会决议通过后代扣代缴。”

从上述规定，可以看出，对于现金股利，境内个人股东应按现金股利的金额确认收入，对于股票股利，应按股票票面金额确认收入，按股息、红利项目计征个人所得税。

（2）股东接受资产原值的确定问题

与企业股东接受资产计税基础的确定类似，境内个人股东取得非货币性资产的原值按照其公允价值确定，对于股票股利，按照股票的票面金额确定。

2. 外籍个人股东

《财政部、国家税务总局关于个人所得税若干政策问题的通知》（财税字［1994］第 020 号）第二条“下列所得，暂免征收个人所得税”第（八）项规定：“外籍个人从外商投资企业取得的股息、红利所得。”因此，外籍个人股东暂免征个人所得税。

最后，更多的有关境内居民企业向外国投资者分配股息、红利的特殊规定的详细介绍，请笔者参阅本书“专题28：对境外投资者股息分配的所得税问题”。

三、上市公司股息红利差别化个人所得税政策

除了上述企业利润分配的一般性规定之外，针对上市公司股息红利的个人所得税政策，国家出台了差异化政策。主要的规定包括：《财政部 国家税务总局 证监会关于实施上市公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》(财税［2012］85 号，下称“85 号文”，自 2013 年 1 月 1 日起施行)、《财政部 国家税务总局 证监会关于实施全国中小企业股份转让系统挂牌公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》（财税［2014］48 号，下称“48 号文”，自 2014 年 7 月 1 日起至 2019 年 6 月 30 日止执行)、《关于上市公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》（财税［2015］101 号，下称“101 号文”，自 2015 年 9 月 8 日起施行）。前述规定主要包括如下内容：

（一）股息红利差异化政策

根据 101 号对 85 号文的修订，个人从公开发行和转让市场取得的上海证券交易所、深圳证券交易所挂牌交易的上市公司股票，持股期限在 1 个月以内（含 1 个月）的，其股息红利所得全额计入应纳税所得额；持股期限在 1 个月以上至 1 年（含 1 年）的，暂减按 50% 计入应纳税所得额；持股期限超过 1 年的，股息红利所得暂免征收个人所得税。前述所得统一适用 20% 的税率计征个人所得税。持股期限是指个人从公开发行和转让市场取得上市公司股票之日至转让交割该股票之日前一日的持有时间。明显的是修订是，对于持股期限超过 1 年的，股息红利所得暂免征收个人所得税。

（二）个人所得税缴纳方式

101 号文修订了持股 1 年以内（含 1 年）的个人所得税代扣代缴方式。85 号文原第二条规定是税款分两步代扣代缴：第一步，上市公司派发股息红利时，统一暂按 25% 计入应纳税所得额，计算并代扣税款。第二步，个人转让股票时，证券登记结算公司根据其持股期限计算实际应纳税额，超过已扣缴税款的部分，由证券公司等股份托管机构从个人资金账户中扣收并划付证券登记结算公司，证券登记结算公司应于次月 5 个工作日内划付上市公司，上市公司在收到税款当月的法定申报期内向主管税务机关申报缴纳。101 号文确立的新的方式是：上市公司派发股息红利时，对个人持股 1 年以内（含 1 年）的，上市公司暂不扣

缴个人所得税；待个人转让股票时，证券登记结算公司根据其持股期限计算应纳税额，由证券公司等股份托管机构从个人资金账户中扣收并划付证券登记结算公司，证券登记结算公司应于次月 5 个工作日内划付上市公司，上市公司在收到税款当月的法定申报期内向主管税务机关申报缴纳。

（三）其他相关规定

101 号未做修订的继续执行 85 号文的规定。主要包括如下几点：

1. 个人转让股票时，按照先进先出的原则计算持股期限，即证券账户中先取得的股票视为先转让。

2. 对个人持有的上市公司限售股，解禁后取得的股息红利，按照本通知规定计算纳税，持股时间自解禁日起计算；解禁前取得的股息红利继续暂减按 50% 计入应纳税所得额，适用 20% 的税率计征个人所得税。①

3. 证券投资基金从上市公司取得的股息红利所得，按照本通知规定计征个人所得税。

4. 明确了个人取得股票的类型以及转让股票的情形。

最后，需要说明的是，关于“新三板”市场（全国中小企业股份转让系统）挂牌公司股息红利差别化个人所得税政策的 48 号文基本与 85 号文保持一致，在 101 号文修订后，与 85 号文依然保持一致，即按照上述的有关规定执行，并无差异。

四、企业实物及其他财产分配的税务问题

我国税法在企业分配时除涉及所得税外，以非货币性资产分配（实物分配）还可能涉及增值税、营业税、土地增值税、契税、印花税等其他税种。

（一）增值税

根据《增值税暂行条例实施细则》第四条第（七）项规定，“将自产、委托加工或者购进的货物分配给股东或者投资者”的视同销售。因此，企业以材料、设备、固定资产等对股东或投资者的分配行为应该缴纳增值税。但是，如果企业分配的固定资产等属于自己使用过的物品和旧货时，涉及的增值税政策请参阅本书“专题 1：非货币性资产投资的税务问题”的相关内容。

（二）营改增

在营改增之前（2016 年 5 月 1 日前），根据国家税务总局《关于以不动产

---

① 笔者注：有关限售股的内容，请读者参阅“专题 39：限售股转让的所得税、营改增问题”。

作为股利进行分配征收营业税问题的批复》(国税函［1997］387 号）规定，企业将不动产作价作为股利分配给股东，所有权发生了转移，符合现行营业税关于“销售不动产”的规定。因此，企业分配的不动产应按“销售不动产”征收营业税。类似地，企业将无形资产作为股利分配给股东，也应当按照“转让无形资产”征收营业税。

在营改增之后（2016 年 5 月 1 日后)，根据 36 号文的有关规定，企业分配不动产、无形资产的，视为销售不动产和无形资产处理，依法缴纳增值税，给予免税或不征政策的除外。有关内容，请读者参阅本书前文有关内容，不再赘述。

（三）土地增值税

关于企业以房地产进行分配时涉及的土地增值税的问题，视同为销售房地产，依法缴纳土地增值税。

（四）契税

关于企业以房地产进行分配时涉及的契税问题，如上所述，视同为销售房地产，接受房地产的股东依法缴纳契税。

（五）印花税

企业以不动产、无形资产等分配的，对产权转移书据征收印花税。

下面将企业分配业务涉及的其他税种及其税务后果总结如下表 26－3：

表 26－3：企业分配业务涉税分析

税种	企业合并	
	政策依据	税负分析
增值税	《增值税暂行条例实施细则》(财政部 国家税务总局令第 50 号公布) 《财政部 国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》(财税［2016］36 号)	分配时视同销售货物、不动产和无形资产征收增值税，另有规定的除外。
土地增值税	——	视同为“销售房地产”征收土地增值税。
印花税	《中华人民共和国印花税暂行条例细则》(财法字［1988］255 号)	不动产、无形资产产权转移书据按规定贴花。
契税	《中华人民共和国契税暂行条例细则》(财法字［1997］52 号)	接受分配方，应按照 3%～5% 的税率征收契税。

专题 27：超额分配的所得税问题

内容概览

在上一专题中，笔者讨论了利润分配的基本税收政策，但并未讨论一类特殊的问题——即，如果出现超留存收益进行分配或者超股权比例进行分配（下称“超额分配”），如何进行所得税处理？具有什么样的法律后果？这即是本专题要讨论的话题。本专题包含如下内容：

■ 利润分配的一般原则和顺序概述

■ 超额分配的涵义和类型

■ 超留存收益低于投资成本部分分配的所得税问题

■ 超投资成本部分分配的所得税问题

一、利润分配的一般原则和顺序概述

在开始讨论我国实践中出现的超额利润分配之前，我们需要来理解一些英美税法对公司利润分配的税法原理和规则，以便于我们比较分析和借鉴。根据英美税法原理及相关规定，公司进行利润分配的原则及顺序如下：

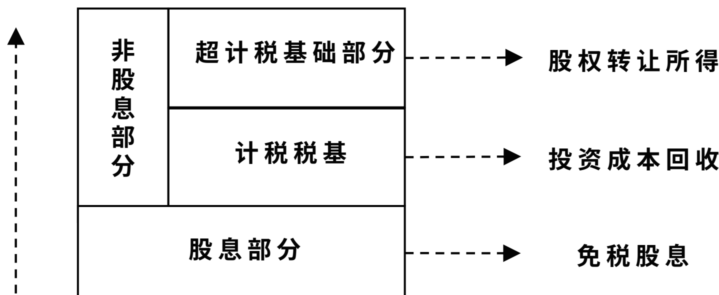
1. 如果公司财产分配构成股息（下称“股息部分”），则构成股息的金额部分应当构成股东总收入的一部分（不论该收入是否免税）；

2. 公司财产分配中不属于股息的部分（以下简称“非股息部分”），应首先用于冲减所持股权（份）的计税基础（或投资成本）。即是说，视为股东投资成本的收回；

3. 在上述第 1 和第 2 步骤之后，非股息部分中超过股权（份）计税基础的部分应被视为财产的出售或交换所得。

上述分配原则及顺序表明，公司财产分配的股息部分构成股东总收入的一部分，缴纳所得税；非股息部分则视为首先回收股东股权（份）的资本投入，即先用于冲抵所持股权（份）的计税基础；非股息部分中超过所持股权（份）计税基础的部分被视为财产的出售或交换所得。下图 27－1 显示了上述原则及顺序：

图 27－1：公司分配的原则和顺序



因此，在一般税法原理下，公司财产分配的税收后果取决于该分配是否构成股息以及非股息部分是否超过股权（份）的计税基础。

二、超额分配的涵义和类型

根据我国《公司法》和相关会计法规的规定，我国企业分配只能来源于企业累积的留存收益部分，不可能来源于资本公积甚至实收资本（股本）。其公司法原理在于，我国《公司法》施行法定资本制，"实收资本"（或"股本"）和"资本公积"账户不得用于股息分配。但在英美等施行授权资本制的国家，对股息来源一般不作严格限制。例如，美国《示范公司法》（"MODEL BUSINESS CORPORATION ACT"，"MBCA"）规定，如果公司保持偿债能力并能在债务到期时偿付或者公司的总资产大于其债务总额和必要的金额之和时，则允许分配。[①] 在这种规定下，甚至股本都可直接用于分配，更不用说资本盈余（capital surplus）了；而在英国，用于描述股票股利的"分红"（bonus issue）其实质是按增发股份的面值从资本盈余中结转的。

因此，按照法律规定，在我国法定资本制下，应当不存在超过企业留存收益进行分配的情形。依据《公司法》第一百六十六条第四、第五款的规定："公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第三十五条的规定分配；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。股东会、股东大会或者董事会违反前款规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。"《公司法》第一百六十六条只是规定"在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润

---

① See MBCA，§ 6.40. DISTRIBUTIONS TO SHAREHOLDERS（c）.

退还公司”，但并没有约定如果出现超企业留存收益分配时如何处理的问题。笔者以为，可以按照《公司法》第一百六十六条规定的立法精神要求股东返还利润。但实践中，并不乏超留存收益总额分配的情形出现（以下简称“超额分配”）。从上述第一部分所述，超额分配又可细分为两种类型：一是，超过留存收益但低于投资成本的超额分配；二是，超过投资成本的分配。

三、超留存收益低于投资成本部分分配的所得税问题

（一）超留存收益低于投资成本部分分配——遵从减资的税法规则

在中国法下，超过留存收益但低于投资成本［实收资本（股本）和资本公积］进行分配实质相当于企业的减资，这涉及企业减资的税法规则。原国税发［2000］118号文第二条就规定：“被投资企业对投资方的分配支付额，如果超过被投资企业的累计未分配利润和累计盈余公积金而低于投资方的投资成本的，视为投资回收，应冲减投资成本；超过投资成本的部分，视为投资方企业的股权转让所得，应并入企业的应纳税所得，依法缴纳企业所得税。”我们可以发现，实际上原国税发［2000］118号文的处理思路与《国家税务总局关于企业所得税若干问题的公告》（国家税务总局2011年第34号公告，下称“34号公告”）有关减资、撤资的处理思路以及60号文有关清算分配的处理思路是基本一致的。[①] 从《公司法》的规定来看，减资需要遵循严格的减资程序及限制。《公司法》第一百七十七条规定：“公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。公司减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。”

（二）部分股东超额分配——部分股东超股权比例分配

实践中，还普遍存在另外一种比较特殊的情形。譬如，由于《公司法》第三十四条、第一百六十六条第四款规定允许全体股东约定或公司章程规定利润的分配方法，所以，实践中越来越多地出现部分股东先予收回投资，并且获得的分配金额超过了其在留存收益中应享有的份额部分但不超过留存收益总额的情形（以下称为“部分股东超额分配”），这种情形在《公司法》上并不需要做

---

① 笔者注：有关减资、撤资的税务处理，请读者参阅“专题31：企业减资、撤资的税务问题”。

减资处理。但是，如果企业分配的金额总体上超过了企业的总的留存收益金额的话，毫无疑问需要办理减资手续。实际，这属于我们将在后文“专题29：不按股权比例分红的税务问题”讨论的问题。在此，我们仅以一个例子来先予分析相关政策规定的“来龙去脉”。

【例27－1】部分股东超额分配的所得税税务处理

假定，2012年1月1日成立的甲公司的注册资本1000万，A公司出资400万，占股40%。B公司初始出资600万，占股60%。经过一段时间的经营，截至2012年12月31日，甲公司的净资产账面价值为2000万，其中注册资本1000万，盈余公积500万，未分配利润500万。甲公司章程对利润分配的规定是，A公司优先分红（优先分红上限为50万），优先分红上限达成后，B公司才可以参与分红。在甲公司有关2012年度的利润分配决议中，甲公司决定向A公司分配利润50万。

问题：该利润分配如何进行所得税税务处理？

【评析】1. 原2005年《公司法》第三十五条规定：“股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”[①] 所以，甲公司章程关于利润分配的规定并不违反《公司法》规定。同时，该利润分配总额为50万元并未超过当年未分配利润的金额，所以也符合会计法规的规定；

2. 如何进行税务处理呢？我国税法的规定并不清晰。[②] 原国税发［2000］118号文第二条第一款第（二）项“被投资企业对投资方的分配支付额，如果超过被投资企业的累计未分配利润和累计盈余公积金而低于投资方的投资成本的，视为投资回收，应冲减投资成本；超过投资成本的部分，视为投资方企业的股权转让所得，应并入企业的应纳税所得，依法缴纳企业所得税”的规定出台后，在当时对如何理解该文规定出现了两种观点。一种观点是，只要不超过被投资企业的留存收益总额进行分配都可以，哪怕出现了部分股东的超额分配；另一种观点是，对于每个股东都不能超过按照其股权比例计算的被投资企业的留存收益的份额。对于第一种观点，从理论上讲由于被投资企业的所有留存收益都属于税后利润，虽然存在部分股东超额分配，但是国家的税款并没有受到损失。对于第二种观点，其实质就站在可能的避税行为上的考虑。但是，我们

---

① 笔者注：实际上2014年《公司法》对此的规定并无变化。

② 笔者注：有关此问题的详细讨论，请读者参阅“专题29：不按股权比例分红的所得税问题”。

可以发现，国税发［2000］118号文的处理思路实际上与34号公告有关减资、撤资以及60号文有关清算分配的处理思路基本一致，笔者认为应该是当时的国税发［2000］118号文混淆了公司存量股权转让、利润分配和公司减资、撤资的税务处理区别所致，直接就借鉴了后者的税务处理。同时，在2000年，当时的1993年《公司法》并不赞成全体股东约定或在公司章程中规定利润的分配，即是说必须按照股权比例进行分配。所以，笔者认为国税发［2000］118号文的立法精神实质就是后来的34号公告和60号文的思路。所以在税务处理上，对于每个股东而言，如果出现超过其应享有的留存收益的份额分配的部分，低于其投资成本的，视为投资收回，冲减股权的计税基础。超过投资成本的部分，视为股权转让所得，计入应纳税所得缴纳所得税。

从此意义上讲，按照原国税发［2000］118号文规定处理，A获得的分配金额为50万元，在其应享有的留存收益份额40万元（100×40%）内视为股息所得，超过留存收益份额低于投资成本的金额10万元冲减其计税基础。所以，A获得的40万元股息分配免税，其股权的计税基础调整为30万元。

3. 如我们将在后面专题中所述的那样，中国法下的利润分配并不属于减资、撤资分配，也不是清算分配，所以其分配来源是从留存收益中来，如果超过对应部分留存收益总额，则由于《公司法》上并没有减资行为，如果按照冲减投资成本处理则显得于法无据，所以，笔者在后文提出了充分享受免税股息待遇的“企业和个人股东集合体免税股息总额说”来处理此问题，不在此详述。

四、超投资成本部分分配的所得税问题

从税法理论上讲，企业超过股东投资成本部分的分配应当视为股东股权（份）财产的出售或交换，应确认财产转让所得。实质上，超过投资成本部分的分配相当于投资者完全收回投资成本并获得收益或损失的情形，这涉及收回投资的税法规则。或者说，在中国法下，这种情形实质相当于股东减资或撤资，或者类似于企业进行清算时股东层面确认所得的情形。国税总局在2011年出台了34号公告，其规定：“投资企业从被投资企业撤回或减少投资，其取得的资产中，相当于初始出资的部分，应确认为投资收回；相当于被投资企业累计未分配利润和累计盈余公积按减少实收资本比例计算的部分，应确认为股息所得；其余部分确认为投资资产转让所得。”所以，对于企业“超额分配”中超过企业留存收益但低于投资成本部分的分配，应当视为投资成本的收回，应相应冲减股东持有的企业股权的计税基础。超过股东投资成本部分的分配应当视为股东

股权财产的出售或交换，应确认财产转让所得。但需要特别注意的是，如果“超额分配”已经是既成事实，税法上按照减资进行处理与公司法减资、会计法处理无法衔接一致。因此，笔者认为还是应当按照股东返还超额利润处理在实务中才具有操作性。让我们以如下的示例来对企业超额分配导致减资的情形进行说明：

【例 27－2】 超过投资成本的分配的所得税税务处理

假定，A 公司和 B 公司（皆为居民企业）各投资 900 万元和 600 万元现金于 2013 年 1 月 1 日设立了 C 股份有限公司，各取得了 C 公司面值 1 元/股的股票 600 万股和 400 万股，C 公司的股本为 1,000 万元，资本公积（股本溢价）500 万元。A 公司持有 C 公司的 60% 股权，该股权的计税基础为 900 万元，A 公司采用成本法核算长期股权投资。截至 2013 年 12 月 31 日，C 公司所有者权益为 3600 万元，其中：股本 1000 万元、资本公积 600 万元（其中，股本溢价 500 万元，其他资本公积 100 万元）、法定盈余公积 400 万元、未分配利润 1600 万元。假定，在 2014 年，C 公司以未分配利润和盈余公积作出 3000 万元的现金分配。C 公司和 A 公司进行了如下的会计处理：

C 公司会计处理	A 公司会计处理
在股利宣告发放日： 借：利润分配——应付现金股利　2600 盈余公积　400 贷：应付股利——应付现金股利　3000	在股利宣告发放日： 借：应收股利　1800 贷：投资收益　1800
在股利实际发放日： 借：应付股利——应付现金股利　3000 贷：银行存款　3000	在股利实际发放日： 借：银行存款　1800 贷：应收股利　1800

问题：从公司、会计及税务法规分析，企业的上述分配是否合法？是否应当作出调整？

【解析】 1. 从 C 公司的账务处理来看，分配完毕后，C 公司盈余公积科目为零，利润分配科目将出现负数 1000 万元，C 公司的所有者权益将为 600 万元，这正是超额分配所导致的，实质类似于股东提前收回了部分投资（减资）。所以实务中可以有两种处理方式：一种是股东返还利润处理；一种是公司按照减资进行处理。笔者建议按照第一种方式处理为妥。两种方式的处理如下：

（1）返还利润处理：按照《公司法》第一百六十六条的规定，股东应当返

还收到的超额利润分配。假定，C 公司重新通过决议作出 2000 万元的现金股利分配，则股东总计应返回 1000 万元的现金股利，并相应地做冲减分录。

A 公司的会计分录如下（当期调整）：

借：投资收益　　　600

贷：其他应付款　　　600

C 公司的会计分录如下：

借：其他应收款　　　1000

贷：利润分配——未分配利润　　　1000

（2）减资处理：如果 C 公司按照减资 600 万元处理（按照《公司法》减资程序办理），则会计处理如下：

借：股本　　　600

资本公积——股本溢价　　　500

盈余公积　　　400

未分配利润　　　1500

贷：银行存款　　　3000

减资完成后，利润分配科目余额为 100 万元，股本科目余额为 400 万元，资本公积（其他资本公积）科目余额为 100 万元，C 公司的所有者权益将为 600 万元。

A 公司的会计处理如下：

借：银行存款　　　1800

贷：长期股权投资——C 公司　　　600

　投资收益　　　1200

2. 如果减资的情况下，在税法上，按照国家税务总局 2011 年第 34 号公告处理，则分配金额 1800 万元（3000 × 60%）在 1200 万元（2000 × 60%）留存收益的范围内，视为免税股息所得；剩余的 600 万元视为投资成本的收回。此时，A 公司持有的 C 公司 60% 的股权的计税基础为 300 万元（900 − 600）。A 公司应纳税调减 1200 万元。

专题 28：对境外投资者股息分配的所得税问题

内容概览

在前面两个专题中，笔者讨论了利润分配的一般原则、方式以及超额分配的特殊问题。在本专题，笔者将接着讨论涉及境内居民企业对其境外投资者进行利润分配的所得税问题。本专题包含如下内容：

■ 境外注册中资控股企业认定为居民企业——解决境内外“红筹”架构中重复征税的问题

■ 境外 H 股投资者取得股息、红利所得的所得税问题

■ 全国社会保障基金所持 H 股派发股息的企业所得税

■ 非居民企业取得 B 股等股票股息征收企业所得税问题

■ QFII、RQFII 以及沪港通的股息所得税政策

一、境外注册中资控股企业认定为居民企业的问题——解决境内外“红筹”架构中重复征税的问题

在“专题 27：企业利润分配的税务问题”中，笔者介绍了我国《企业所得税法》的居民企业和非居民企业，但需要注意的是，并非所有在境外注册登记的境外法人都属于《企业所得税法》下的非居民企业。事实上，根据“实际管理机构”原则，符合条件的境外注册中资控股企业可以认定为居民企业。这方面的法规主要包括：《国家税务总局关于境外注册中资控股企业依据实际管理机构标准认定为居民企业有关问题的通知》（国税发［2009］82 号，下称“82 号文”）、《境外注册中资控股居民企业所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告 2011 年第 45 号，下称“45 号公告”）和《国家税务总局关于依据实际管理机构标准实施居民企业认定有关问题的公告》（国家税务总局公告 2014 年第 9 号，下称“9 号公告”）。

（一）境外注册中资控股企业的定义

82 号文第一条规定：“境外中资企业是指由中国境内的企业或企业集团作为主要控股投资者，在境外依据外国（地区）法律注册成立的企业。”对于该定义需要注意如下两点：

一是，中国境内的企业或企业集团是境外注册企业的主要控股投资者。按照通常理解，一般是指出资额占资本总额 50% 以上或者其持有的股份占股本总额 50% 以上的股东，或者出资额或者持有股份的比例虽然不足 50%，但依其出资额或者持有股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。同时，同一企业集团通过共同控股也符合要求；

二是，境外企业依据外国（地区）法律注册成立。需要注意的是，在港、澳、台设立的企业应视同为依据外国（地区）法律注册成立。

（二）境外注册中资控股企业认定为居民企业的条件和程序

1. 认定为居民企业的条件

82 号文第二条规定：“境外中资企业同时符合以下条件的，根据企业所得税法第二条第二款和实施条例第四条的规定，应判定其为实际管理机构在中国境内的居民企业（以下称非境内注册居民企业），并实施相应的税收管理，就其来源于中国境内、境外的所得征收企业所得税：（一）企业负责实施日常生产经营管理运作的高层管理人员及其高层管理部门履行职责的场所主要位于中国境内；（二）企业的财务决策（如借款、放款、融资、财务风险管理等）和人事决策（如任命、解聘和薪酬等）由位于中国境内的机构或人员决定，或需要得到位于中国境内的机构或人员批准；（三）企业的主要财产、会计账簿、公司印章、董事会和股东会议纪要档案等位于或存放于中国境内；（四）企业 1/2（含 1/2）以上有投票权的董事或高层管理人员经常居住于中国境内。”第三条还规定：“对于实际管理机构的判断，应当遵循实质重于形式的原则。”

2. 认定为居民企业的程序

82 号文第七条规定的认定程序有两个路径：一是，境外中资企业可向其实际管理机构所在地或中国主要投资者所在地主管税务机关提出居民企业申请，主管税务机关对其居民企业身份进行初步审核后，层报国家税务总局确认；二是，境外中资企业未提出居民企业申请的，其中国主要投资者的主管税务机关可以根据所掌握的情况对其是否属于中国居民企业做出初步判定，层报国家税务总局确认。但 2014 年 1 月 29 日出台的 9 号公告规定：“一、符合《通知》第

二条规定的居民企业认定条件的境外中资企业，须向其中国境内主要投资者登记注册地主管税务机关提出居民企业认定申请，主管税务机关对其居民企业身份进行初步判定后，层报省级税务机关确认。经省级税务机关确认后抄送其境内其他投资地相关省级税务机关。二、按本公告实施居民企业认定时，经省级税务机关确认后，30 日内抄报国家税务总局，由国家税务总局网站统一对外公布。国家税务总局适时开展检查，对不符合条件的，责令其纠正……”

9 号公告对认定程序上的修订主要包括如下两点：

一是调整了居民企业认定层级。按 82 号文要求，居民企业认定申请由主管税务机关初审后，层报税务总局审核批准。9 号公告规定，居民企业认定申请由主管税务机关初审后，层报省级税务机关确认，不再层报至税务总局审核确认。但令人困惑的是 9 号公告第一条采用了“须”一词，这是否意味着 9 号公告就取消了 82 号文中的税务机关认定的方式而强制要求企业必须主动申请认定呢？笔者以为，9 号公告的本意并非如此，其本意在于基于行政审批制度改革的要求而下放审批权限到省级税务机关，而并非要取消税务机关认定这种方式。

二是调整了居民企业认定申请主管部门。对于 82 号文规定中境外中资企业的实际管理机构所在地与其中国境内主要投资者所在地分离的情形，9 号公告将原文件可以多地发起认定调整为只向其中国境内主要境内投资者登记注册地主管税务机关提出认定申请。

需要注意的是，9 号公告是针对 82 号文件的修订，主要体现在下放审批权限、实施有效征管，其他征管问题仍然按照 82 号文相关规定执行。

（三）认定为居民企业的税收待遇

根据 82 号文第四条至第八条的规定，境外注册中资控股企业认定为居民企业后，可以享有如下税收待遇：

1. 非境内注册居民企业应就其来源于中国境内、境外的所得征收企业所得税；

2. 非境内注册居民企业从中国境内其他居民企业取得的股息、红利等权益性投资收益，按照《企业所得税法》第二十六条和《实施条例》第八十三条的规定，作为其免税收入。非境内注册居民企业的投资者从该居民企业分得的股息红利等权益性投资收益，根据《实施条例》第七条第（四）项的规定，属于来源于中国境内的所得，应当征收企业所得税；该权益性投资收益中符合《企业所得税法》第二十六条和《实施条例》第八十三条规定的部分，可作为受益人的免税收入；

3. 非境内注册居民企业在中国境内投资设立的企业，其外商投资企业的税收法律地位不变；

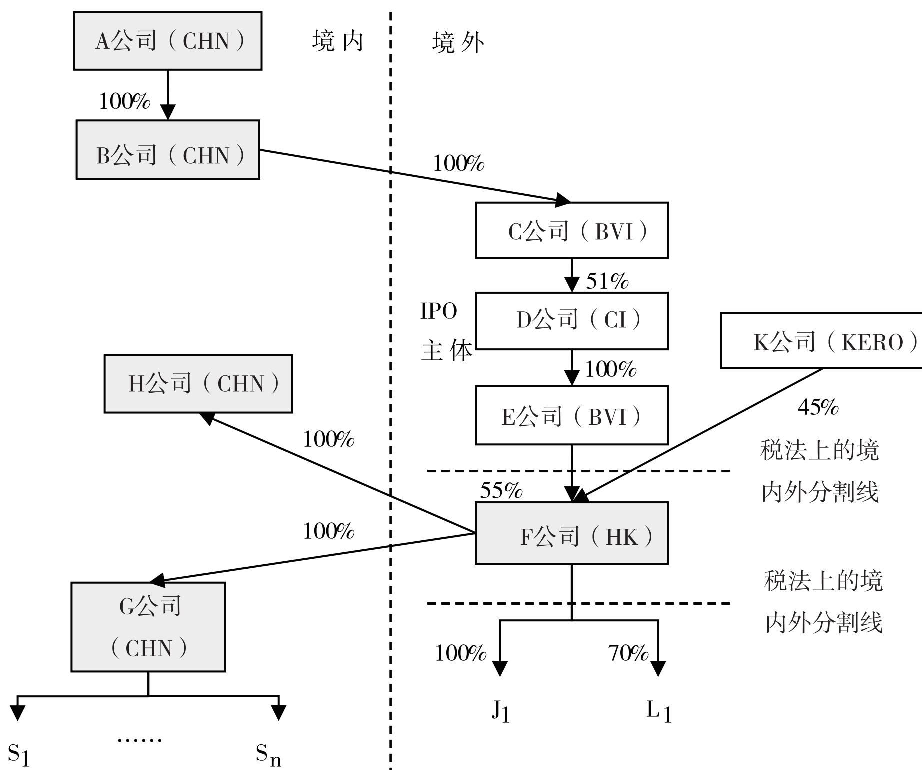
4. 境外注册中资控股企业被认定为非境内注册居民企业的，按照《企业所得税法》第四十五条以及受控外国企业管理的有关规定，不视为受控外国企业，但其所控制的其他受控外国企业仍应按照有关规定进行税务处理；

5. 境外注册中资控股企业被认定为中国居民企业后成为双重居民身份的，按照中国与相关国家（或地区）签署的税收协定（或安排）的规定执行。

下面，我们以一个例子来说明非境内注册居民企业的认定及其待遇：

【例 28－1】境外注册中资控股企业认定为居民企业后的税收待遇

假定，A 公司（中国公司）持有 B 公司（中国公司）100% 股份，B 公司持有 C 公司（BVI 商业公司）100% 股份，C 公司持有 D 公司（开曼豁免公司）51% 股份，D 公司持有 E 公司（BVI 商业公司）100% 股份，E 公司持有 F 公司（香港公司）55% 股份，F 公司分别持有 G 公司（中国外商投资的投资性公司）和 H 公司（中国外商独资企业）100% 股份，K 公司（韩国公司）持有 F 公司 45% 股份。有关股权架构图如下：



1. 我们可以发现，上述架构是一个典型的境内权益境外上市的“红筹”架构。由于C、D、E、F公司皆属于依据外国（地区）法律注册成立的公司，并且受中国境内的A公司100%控股，所以，C、D、E、F公司皆属于“境外中资企业”；

2. 假定，F公司符合认定居民企业的条件，并向B公司所在地北京市××区主管税务机关提出居民企业认定申请，该税务机关初步认定后，报北京市税务机关进行确认后认定为非境内注册居民企业；

3. F公司被认定为非境内注册居民企业之后，其税收待遇如下：

（1）F公司就来源于中国境内外的所得负有居民纳税义务（全球纳税义务）。譬如，对于从韩国注册的J1公司取得的股息、红利等权益性投资收益负有25%税率的纳税义务；

（2）F公司从中国其他居民企业G公司取得的股息、红利等权益性投资收益，由于符合《企业所得税法》第二十六条、《实施条例》第八十三的规定，作为免税股息处理；E公司从F公司分得的股息、红利等权益性投资收益（不论是否来源于L_1等公司的税收利润）属于来源于中国境内的所得，区分情况处理：由于E公司属于非居民企业，则应征收10%的预提所得税；如果E公司也被认定为非境内居民企业的话，并符合《企业所得税法》第二十六条、《实施条例》第八十三的规定，作为免税股息处理。我们可以发现，F公司被认定为非境内居民企业之后，相当于在E公司与F公司，F公司与J_1公司、L_1公司之间划分了一条所得税法上的分割线（见上图），其所得税处理应分别按照居民企业与非居民企业之间来进行处理；

（3）假定，F公司在中国境内注册设立了一家外商独资企业H公司，则H公司作为外商投资企业的税收法律地位不变；

（4）由于F公司被认定为非境内居民企业，所以它本身不再被视为《企业所得税法》第四十五条下的受控外国企业，但是它所控制的J_1公司、L_1公司依然属于受控外国企业并适用受控外国企业的有关规定进行税务处理；

（5）由于F公司被认定为非境内居民企业，所以，F公司具有香港居民企业和中国居民企业双重身份，但应按照中国与相关国家（或地区）签署的税收协定（或安排）的规定执行。譬如，K公司（韩国公司）转让持有的F公司股权时，应根据中韩之间的税收协定的规定执行，依据其规定，中国对该股权转让所得不享有征税权。

从上例我们可以看出，境外注册中资控股企业是否认定为居民企业不光对

该企业本身具有税收影响，而是对整个公司境内外架构的公司集团具有较大的税收影响，应当综合所有的因素来考量。

同时，我们注意到，对于境外上市的“红筹”架构，如果不将中间控股公司认定为非境内注册居民企业的话，将不可避免地存在重复征税的问题，这也一直困扰着通过“红筹”架构海外上市的企业。但在82号文出台之后，可以有效地解决这个问题了。我们依然在【例28－1】基础上通过如下例子来说明。

【例28－2】国税发［2009］82号文对“红筹架构”避免双重征税的意义

假定，【例28－1】中的C、D、E、F公司皆认定为非境内注册居民企业。现在，G公司向F公司分配利润，F公司再向E公司和K公司分配利润，并且D、C公司也连续分配利润至境内的B公司。

1. 让我们先来看C、D、E、F公司皆属于非居民企业时的税收待遇

（1）G公司在中国境内从事生产经营及投资活动取得的收入，需要按《企业所得税法》的规定，在中国境内缴纳25%的企业所得税；

（2）F公司是G公司的控股股东，G公司向F公司分红时，需要按5%的协定税率代扣F公司的预提所得税；

（3）E、D、C公司皆属于注册在“避税港”的离岸公司，由于这些离岸法域皆不存在公司所得税，所以可以将分得的利润全部向境内B公司分配，由于在境外没有缴纳任何的公司所得税，不能进行有效的境外抵免，B公司取得的股息仍然需要按25%的税率全额缴纳企业所得税。

我们知道F公司分红全部来源于境内企业G公司的税收利润，假定不存在境外的“红筹”架构的话，由B公司直接持有G公司股份的话，则G公司向B公司分红并不需要缴纳企业所得税。但在“红筹”架构下，这些股利在分配给F公司时缴纳了5%的预提所得税，而且通过层层分配之后，在B公司取得时还需要缴纳25%的的企业所得税，存在严重的重复征税问题。

2. 让我们再来看C、D、E、F公司皆属于居民企业时的税收待遇

此种情形下，G公司向F公司分红以及后续的连续分红皆属于居民企业之间的分配，可以依据《企业所得税法》第二十六条和《实施条例》第八十三条的规定作为免税股息处理。

同时，F公司在向K公司分红时，依然需要按照税收协定的规定执行，代扣代缴10%的预提所得税。

需要注意的是，82号文并没有对外方投资者处置境外中资企业的股权所取得的资本利得如何进行所得税处理进行规定。这实际在《关于加强非居民企业

股权转让所得企业所得税管理的通知》（国税函［2009］698 号）和《国家税务总局关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 7 号）中进行了详细规定，请读者参阅“专题 22：非居民企业转让境内企业股权的所得税问题”的有关内容。

二、境外 H 股投资者取得股息、红利所得的所得税问题

我们曾经在“专题 26：企业利润分配的税务问题”中简要介绍过境内居民企业对境外投资者利润分配的一般性规定。在本部分，我们将对一些涉及境内企业境外上市股票（譬如“H 股”）派发股息、红利的特殊规定进行介绍。

（一）与“H 股”相关的基础概念

1. “H 股”的概念

简单地讲，“H 股”是指在境内注册登记的企业获准在香港联交所上市的以人民币标价、以港币认购和交易的外资股票。其发行主体为境内居民企业（亦称为“H 股上市公司”），投资人为境外投资人，包括非居民企业和境外个人。

2. 香港交易所及中央结算有限公司等相关机构的概念

为便于理解有关交易结构和政策，笔者将有关机构术语总结如下表 28 –1：

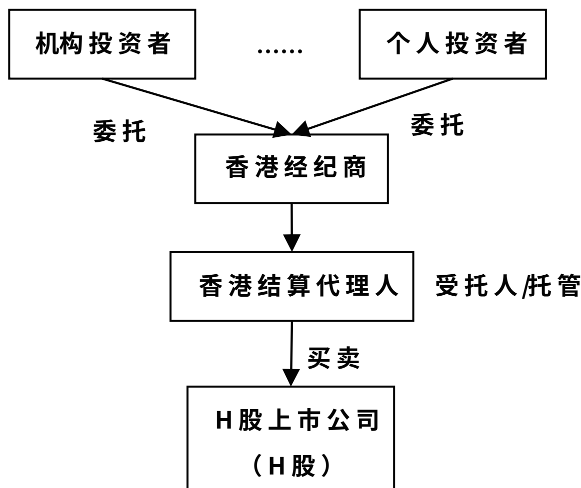
表 28 –1：有关香港交易所等机构定义

机构简称	机构全称	介绍
香港交易所或港交所	香港交易及结算所有限公司（Hong Kong Exchanges and Clearing Limited，“HKEx”）	由香港联合交易所有限公司、香港期货交易所有限公司和香港中央结算有限公司三家机构合并而成
香港联合交易所或联交所	香港联合交易所有限公司（Stock Exchange of Hong Kong Limited，“SEHK”）	香港唯一的证券交易所
香港结算	香港中央结算有限公司（Hong Kong Securities Clearing Company Ltd. ，“HKSCC”）	系香港交易所全资附属公司，经营香港的中央结算及交收系统，系认可的结算机构。
香港结算代理人	香港中央结算代理人有限公司（Hong Kong Securities Clearing Company Nominees Limited，“HKSCC Nominees Limited”）	系一家类似于信托的托管机构，很多中小投资者股东，甚至是机构投资者都是通过它来确定其对于上市公司所持有的股权

（二）境外投资者投资 H 股的持股架构

应该讲，境外投资者投资于 H 股的交易架构与分析相关的 H 股上市公司股息、红利分配税收政策是密切相关的。实务中，我们经常会在“A + H”股上市公司年报等披露资料中见到“香港中央结算有限公司/香港结算代理人有限公司”以境外法人的身份作为前 10 大股东分别持有 A 股股票/H 股股票。那么，这是怎么一回事呢？实际这是由香港有关股票投资、代持及其结算制度安排所决定的。对于境外投资人投资于境内 H 股上市公司的 H 股，需要通过香港中央结算有限公司/香港结算代理人有限公司以名义持有人的身份代持 H 股，而境外投资人投资于“沪股通”[①] 中“A + H”股上市公司的 A 股或其他 A 股股票则通过香港中央结算有限公司以名义持有人的身份代持 A 股。在本部分，我们仅仅讨论 H 股的问题，暂不涉及“沪股通”。前述的简易的交易架构图如下图 28 - 1：

图 28 - 1：境外投资者投资 H 股交易架构图



（三）境外 H 股非居民企业股东股息预提所得税的问题

《国家税务总局关于中国居民企业向境外 H 股非居民企业股东派发股息代扣代缴企业所得税有关问题的通知》（国税函［2008］897 号，下称“897 号文”）对中国居民企业向境外 H 股非居民企业股东派发股息代扣代缴企业所得税的有

① 笔者注：“沪股通”以及“港股通”的有关涵义及相关税收政策详见“专题 40：QFII、RQFII 和‘沪港通’的税务问题”。

关问题作出了如下规定：

“一、中国居民企业向境外 H 股非居民企业股东派发 2008 年及以后年度股息时，统一按 10% 的税率代扣代缴企业所得税。

二、非居民企业股东在获得股息之后，可以自行或通过委托代理人或代扣代缴义务人，向主管税务机关提出享受税收协定（安排）待遇的申请，提供证明自己为符合税收协定（安排）规定的实际受益所有人的资料。主管税务机关审核无误后，应就已征税款和根据税收协定（安排）规定税率计算的应纳税款的差额予以退税。”

上述规定实际明确了如下几个问题：

首先，统一针对持有 H 股的非居民企业派发的股息征收 10% 的预提所得税。因为，随着 2008 年新《企业所得税法》及其实施条例的实施，相应废止了《国家税务总局关于外商投资企业、外国企业和外籍个人取得股票（股权）转让收益和股息所得税收问题的通知》（国税发［1993］45 号）[①] 中“对持有 B 股或海外股外国企业和外籍个人，从发行该 B 股或海外股的中国境内企业所取得的股息（红利）所得，暂免征收企业所得税和个人所得税”的规定，897 号文实际明确了，当 H 股上市公司向境外 H 股非居民企业股东派发 2008 年及以后年度股息时，统一按 10% 的税率代扣代缴企业所得税；

其次，股息预提所得税的源泉扣缴。《企业所得税法》第三十七条规定：“对非居民企业取得本法第三条第三款规定的所得应缴纳的所得税，实行源泉扣缴，以支付人为扣缴义务人。税款由扣缴义务人在每次支付或者到期应支付时，从支付或者到期应支付的款项中扣缴。”因此，H 股上市公司向境外投资人派发股息、红利时代扣代缴 10% 的预提所得税。

最后，适用税收协定优惠税率的，予以差额退税。需要注意的是，《国务院关于取消非行政许可审批事项的决定》（国发［2015］27 号）明确废止了《非居民享受税收协定（含与港澳台协议）待遇审批》（国税发［2009］124 号）。[②]

（四）境外居民个人取得 H 股股息红利个人所得税问题

《国家税务总局关于国税发［1993］045 号文件废止后有关个人所得税征管

① 笔者注：该文被《关于公布全文失效废止部分条款失效废止的税收规范性文件目录的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 2 号）全文废止。由于该规定涉外《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》的相关条款，自 2008 年 1 月 1 日起废止。

② 笔者注：有关具体内容，请读者参阅“专题 52：受益所有人的判定、税收征管与实践”。

问题的通知》（国税函［2011］348 号，下称“348 号文”）对国税发［1993］045 号文被废止后有关境外居民个人取得 H 股股息红利个人所得税征管问题进行了明确：

“一、……境外居民个人股东从境内非外商投资企业在香港发行股票取得的股息红利所得，应按照‘利息、股息、红利所得’项目，由扣缴义务人依法代扣代缴个人所得税。

二、境内非外商投资企业在香港发行股票，其境外居民个人股东可根据其居民身份所属国家与中国签署的税收协定及内地和香港（澳门）间税收安排的规定，享受相关税收优惠。

三、根据《国家税务总局关于印发〈非居民享受税收协定待遇管理办法（试行）〉的通知》（国税发［2009］124 号）[①]（以下简称‘通知’）规定，境外居民个人享受相关税收优惠时应由本人或书面委托代理人提出申请并办理相关手续。但鉴于上述税收协定及税收安排规定的相关股息税率一般为 10%，且股票持有者众多，为简化税收征管，在香港发行股票的境内非外商投资企业派发股息红利时，一般可按 10% 税率扣缴个人所得税，无需办理申请事宜。

四、对股息税率不属于 10% 的情况，按以下规定办理：

（一）取得股息红利的个人为低于 10% 税率的协定国家居民，扣缴义务人可按‘通知’规定，代为办理享受有关协定待遇申请，经主管税务机关审核批准后，对多扣缴税款予以退还；

（二）取得股息红利的个人为高于 10% 低于 20% 税率的协定国家居民，扣缴义务人派发股息红利时应按协定实际税率扣缴个人所得税，无需办理申请事宜；

（三）取得股息红利的个人为与我国没有税收协定国家居民及其他情况，扣缴义务人派发股息红利时应按 20% 税率扣缴个人所得税。”

348 号文的上述规定，澄清了原国税发［1993］45 号“对持有 B 股或海外股外国企业和外籍个人，从发行该 B 股或海外股的中国境内企业所取得的股息（红利）所得，暂免征收企业所得税和个人所得税”规定中有关是否依然对外籍个人持有海外股份（含 H 股）并取得中国境内企业派发的股息（红利）所得暂免征收个人所得税的问题。其基本内容规定与 897 号文保持了一致，不再赘述。需要特别说明的是，该规定仅仅适用于外籍个人持有海外股份（H

① 笔者注：根据《国家税务总局关于发布〈非居民纳税人享受税收协定待遇管理办法〉的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 60 号），该法规自 2015 年 11 月 1 日起全文废止。

股）并取得中国境内非外商投资企业派发的股息（红利）所得的个人所得税问题，而外籍个人从外商投资企业取得的股息、红利所得依然适用《财政部、国家税务总局关于个人所得税若干政策问题的通知》（财税字［1994］第020号）第二条“下列所得，暂免征收个人所得税”第（八）项的规定，暂免征收个人所得税。

三、全国社会保障基金所持H股派发股息的企业所得税

根据《国家税务总局关于中国居民企业向全国社会保障基金所持H股派发股息不予代扣代缴企业所得税的通知》（国税函［2009］173号）的规定：

1. 根据《财政部 国家税务总局关于全国社会保障基金有关企业所得税问题的通知》（财税［2008］136号）规定，由于全国社会保障基金（以下简称“社保基金”）从证券市场取得的收入为企业所得税不征税收入，在香港上市的境内居民企业派发股息时，可凭香港中央结算（代理人）有限公司确定的社保基金所持H股证明，不予代扣代缴企业所得税。

2. 在香港以外上市的境内居民企业向境外派发股息时，可凭有关证券结算公司确定的社保基金所持股证明，不予代扣代缴企业所得税。

3. 在境外上市的境内居民企业向其他经批准对股息不征企业所得税的机构派发股息时，可参照本通知执行。

上述规定概括起来就是，社保基金从H股取得的股息所得属于不征税收入，H股上市公司不予代扣代缴企业所得税，持有在香港以外上市的企业的股票而收取的股息执行同样的政策。同时，对其他类似情形的非社保基金的机构参照执行该政策。需要注意的是，不予代扣代缴企业所得税的依据是香港中央结算（代理人）有限公司确定的社保基金所持H股证明。

四、非居民企业取得B股等股票股息征收企业所得税问题

《国家税务总局关于非居民企业取得B股[①]等股票股息征收企业所得税问题的批复》（国税函［2009］394号）规定：“根据《中华人民共和国企业所得税法》及其实施条例规定，在中国境内外公开发行、上市股票（A股、B股和海

---

① 笔者注：“B股”的正式名称是人民币特种股票，系指以人民币为股票面值，以外币认购和交易，在境内（上海、深圳）证券交易所上市交易的股票。它的投资者限于外国自然人、法人和其他组织，香港、澳门、台湾地区的自然人、法人和其他组织，定居在国外的中国公民，现在已经对合资格的境内投资者开放。其投资者主要是机构投资者。

外股）的中国居民企业，在向非居民企业股东派发2008年及以后年度股息时，应统一按10%的税率代扣代缴企业所得税。非居民企业股东需要享受税收协定待遇的，依照税收协定执行的有关规定办理。”该批复意见与前述的897号的规定精神保持一致，不再赘述。

五、QFII、RQFII以及沪港通的股息所得税政策

有关QFII、RQFII以及沪港通的股息所得税政策请读者参阅“专题40：QFII、RQFII和‘沪港通’的税务问题”的相关内容。

专题29：不按股权比例分红的所得税问题

内容概览

在本专题，笔者将讨论实践中普遍存在的有关企业分配所得税的一个特殊问题。即，在《公司法》修订之后，公司及其股东可以通过一致决定或者公司章程的规定，不按照股东出资比例或股权比例进行利润分配的所得税问题。这个问题在实践中，引发了税务机关和纳税人之间的极大的争议，还特别涉及反避税的话题。本专题包含如下内容：

- ■ 实践中不按股权比例分红的情形概述
- ■ 不按股权比例分红的公司法原理
- ■ 不按股权比例分红的观点集成、税法规定及处理争议
- ■“企业和个人股东集合体免税股息总额说”的构建和适用——兼论反避税的实践应对
- ■“企业和股东集合体免税股息说”的总体评析及建议

一、实践中不按股权比例分红的情形概述

《公司法》第三十四条规定：“股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”第一百六十六条第四款规定：“公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第三十四条的规定分配；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。”《公司法》的前述规定表明，有限责任公司在全体股东约定的情况下，股份有限公司在公司章程规定的情况下，股东可以不按股权（持股）比例进行利润分配。这实质是将利润分配事项纳入可以由公司和股东意义自治的范畴。因此，在2005年《公司法》修订之后，实践中，公司股东约定或公司章程规定不按照股权（持股）比例进行利润分配（分红）越来越常见。由于从原理上是一致的，本专题将仅以有限

责任公司的利润分配为例来进行说明。主要包括如下三种情形：

情形一：不按照股权比例进行分配，约定有的股东多分，有的股东少分。譬如，甲有限责任公司由 A 公司和 B 公司共同出资 100 万成立，双方出资比例为 6 ：4，股东协议及章程载明的利润分配比例为 5 ：5；

情形二：对个别或部分股东实行固定利润分配，剩余利润（若有）则分配给其他股东。这种情形又可细分为两种情形：1. 不论企业是否盈利，均给予固定利润分配；2. 只有企业盈利并可分配时，才给予固定利润分配。譬如，甲有限责任公司由 A 公司和 B 公司共同出资 100 万成立，双方出资比例为 6 ：4，股东协议及章程载明的利润分配如下：每年在企业有可分配利润的情形下，A 公司优先分配 10 万元直至累积达到 40 万元，若有剩余利润的，按照股权比例进行分配。

情形三：对个别或部分股东实行优先分配权（通常是有一个优先额上限），即在优先收回之前，其他股东不得分红；待优先收回之后，所有股东按股权比例分红。譬如，甲有限责任公司由 A 公司和 B 公司共同出资 100 万成立，双方出资比例为 6 ：4，股东协议及章程载明的利润分配如下：在 A 公司优先收回 40 万元投资之前，B 公司不得参与分配；在 A 公司收回前述投资之后，A 公司和 B 公司按照股权比例分配。

当然，实践中依据股东之间的约定，还可能出现其他各种形式的非按股权比例分配的情形，但主要表现形式为上述三类。

二、不按股权比例分红的公司法原理

《公司法》第三十四条、第一百六十六条第四款有关利润分配的规定充分尊重股东意思自治，有其内在的公司法原理——股权的涵义以及可分割转让性。

根据《公司法》第四条规定："公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。"因此，"股权"是一种综合性的权利。一方面，股权具有财产权利的性质；另一方面，股权还具有对公司事务进行参与、管理的性质。对前述两个方面的权利，我国《公司法》均有明确规定。其中，财产权利主要包括《公司法》第三十四条规定的"分红权"以及《公司法》第一百八十六条规定的"剩余财产分配权"或"剩余财产索取权"等；而诸如知情权、选举权和被选举权、表决权、救济权以及提议召开、召集、主持股东会的权利等则属于股东对公司事务的参与和管理权。

一般而言，股东投资的终极目的是为了获得回报，是为了追求经济利益的最

大化。因此，上述两方面的权利中，股东对公司事务的参与和管理权是为实现股东的财产权而服务的，是行为权利（或称手段权利），而财产权则是目的权利。

在《公司法》的实践中，股东往往可以将股东权利的一部分，即对公司事务的参与和管理权让渡或委托给他人实施，诸如指派他人出任公司董事、监事以及担任公司高级管理人员，授权他人出席股东会、董事会，行使表决权等。但是，股东将这一部分权利的让渡或委托实施并不构成股权的实质性转让，而作为股权的重要组成部分股东分红权的转让无疑构成股权的实质性转让。

《公司法》系一部强行法与任意法的统一。《公司法》对股权转让及登记也作出相应规定。《公司法》第七十一条规定，有限责任公司的股东可以向其他股东或股东以外的人转让股权。《公司法》第三十二条同时规定，有限责任公司除应当置备股东名册外，还应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。与《物权法》对所有权的规定不同的是，对同样作为综合权利的股权，《公司法》并未作出可以分离并转让的相关规定。正是由于没有法律的相关规定，才会产生股权是否可以在分离后予以转让，其转让是否合法有效等问题。

笔者认为，由于《公司法》并未对股权中的部分权利的转让问题作禁止性规定，因此，股东可以对其享有的股权中的部分权利予以让渡和放弃。这是股东的意思自治，法律并不干预。

从这个意义上来看待不按股权比例分红，其实质是部分股东将其本应享受的“股权”中的“财产权”的部分（“分红权”）让渡给了其他股东。根据《公司法》的规定，对于有限责任公司而言，需要通过全体股东约定来实现。实践中，主要体现为投资协议约定、公司章程规定，以及后续的全体股东决议表决通过等。

三、不按股权比例分红的观点集成、税法规定及处理争议

在《公司法》修订后，实践中出现不按股权比例分红之后，我国的《企业所得税法》的规定与之相匹配的规定却并不明确，导致实践中如何进行所得税处理颇具争议。税企之间往往争议不休，各地处理的作法也不统一。

（一）税务处理观点及争议

目前针对不按股权比例分红的税务处理主要存在如下五种观点：

观点一：“按比例享受免税股息说”

该观点认为，对于超过股权比例分得的股息部分，不属于《企业所得税法》

第二十六条第（二）项规定的“符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益”，应当缴纳企业所得税。这属于大多数税务机关所持的观点。

反对观点认为，税务机关实际是自己扩大了对于什么是“符合条件”的居民企业之间股息红利的解释。《企业所得税法实施条例》第八十三条规定：“企业所得税法第二十六条第（二）项所称符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益，是指居民企业直接投资于其他居民企业取得的投资收益。企业所得税法第二十六条第（二）项和第（三）项所称股息、红利等权益性投资收益，不包括连续持有居民企业公开发行并上市流通的股票不足12个月取得的投资收益。”因此，对于“符合条件”的解释是居民企业直接持有被投资居民企业的投资收益即可，而税务机关又解释增加了一条就是这里的“符合条件”必须是按出资比例，超过出资比例的部分就不符合条件，要征税。

观点二：“捐赠说”

该观点认为，企业法人股东实际取得的超过出资比例的部分应视为其他股东将应按出资比例收取的部分分红捐赠给该股东，应并入该股东的应税所得计算纳税。该观点在税务机关处也属于另外一种普遍的观点。

反对观点认为，这种观点的实质与上述观点一本质上是一样的，都是企业法人股东实际取得的超过出资比例的部分的股息应当并入该股东的应税所得计算纳税。将股东按约定取得的超过出资比例的分红收益视为捐赠的观点，还忽略了该股东可能对公司作出的无法用实际出资量化的超额贡献。

观点三：“冲减计税基础说”

该观点认为，《企业所得税法》第二十六条有关符合条件的居民企业之间的股息红利所得免税的规定，本意在于避免重复征税。因此，股东实际分得部分和按比例分得部分的差额视同投资成本的收回，减少股东的投资成本。实践中，持该种观点的代表是江苏省常州地方税务局2012年度企业所得税汇算清缴政策口径。

反对观点认为，将股东取得的超过出资比例的分红收益按冲减投资成本的方式，或视为捐赠所得的税务处理，并不符合《企业所得税法》第二十六条的立法原意。冲减投资成本的处理方式，实际是减少了股东投资成本的计税基础。股东在日后转让该股权时，其应税所得（如有）会相应增加。按照冲减投资成本的税务处理方式，居民企业取得的超过出资比例的分红收益相当于是获得递延纳税的待遇，将该收益的纳税义务发生时间递延至股东下次转让该股权时，获得超过出资比例分红收益的股东实际并未享受免税的优惠待遇。从这个意义

上讲，观点三与观点一、观点二并无本质区别。

观点四："分红权转让说"

该观点认为，全体股东约定或公司章程规定不按股权比例进行分红其背后隐藏了股东之间的可能的交易事项。即，将不按照股权比例进行分配的约定，视为部分股东将其享有的股权上的财产权利中的"分红权"转让给了另外的股东，这属于"股权"中的部分权利的转让问题。

反对观点认为，分红权转让说并不能解决所有的不按股权比例分红的情形。譬如，企业亏损时，股东收取固定利润时，就无法进行合理的解释。同时，既然属于转让说，则应该获得相应的对价，但显然很多时候并没有"形式"上的对价，反而不如"赠与说"来得简洁。

观点五："免税股息总额说"

该观点认为，依据《公司法》第三十四条和第一百六十六条第四款的规定，既然公司全体股东约定或公司章程另有规定不按出资比例分配，且该公司股东会已经通过利润分配决议的，股东不按照股权比例取得的股息（哪怕是超过其股权比例的股息部分）都可以享受免税待遇，只要不超过公司可分配利润的总额。因为只要不超过免税股息总额，就不存在国家税收减少的问题，全体股东可以总体上充分享受免税股息待遇。[①]

反对观点认为，直接以《公司法》的规定来适用企业所得税处理并不妥当，导致对《企业所得税法》的误读，并且还可能导致避税行为。

综上所述，在理论和实践中，对不按股权比例进行分红存在诸多观点，略显复杂，并且还交织着可能的避税行为在里面。笔者对上述观点都不完全赞同，笔者的观点是在上述观点五"免税股息总额说"作为总体原则的基础上，对个人股东向企业股东转移分配时的避税行为予以特别关注，并考虑反避税处理（详见后文分析）。

（二）税收法规规定、国税总局及各地方税局的解答

从我国税收法规、政策规定以及国税总局及各地方税务局解答来看，是否有明确的规定呢？笔者将其总结如下表 29－1：

---

① 笔者注：后文所述的税总所便函［2015］21 号对国家税务总局公告 2014 年第 63 号填报说明的修订似乎也认同了该观点。尽管如此，笔者始终认为实体税法不应该根据纳税申报表的方式来予以明确，因为这是本末倒置，应该是首先有实体法对权利义务的明确，然后才来设计和制定纳税申报表。

表 29－1：税收法规、政策及各层级解答对不按股权比例分红的政策汇总

法规/解答及具体规定/解答内容	简要点评
《企业所得税法》第二十六条规定：“企业的下列收入为免税收入：（二）符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益；”《企业所得税法实施条例》第八十三条规定：“企业所得税法第二十六条第（二）项所称符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益，是指居民企业直接投资于其他居民企业取得的投资收益。企业所得税法第二十六条第（二）项和第（三）项所称股息、红利等权益性投资收益，不包括连续持有居民企业公开发行并上市流通的股票不足 12 个月取得的投资收益。”	《企业所得税法》及其实施条例对此问题并不明确。即，是否超过股权比例部分就不属于免税股息并不明确。这也导致了后来的对国家税务总局以及各地方税务局的提问和答疑
国家税务总局答疑：不按出资比例分红免税问题： 某有限公司由 A（法人）和 B（法人）及 C（自然人）出资组成，出资比例为 3：3：4，公司章程规定分红比例为 4：4：2, 2012 年度公司分红 100 万元，请问：A 和 B 各分得的 40 万元是否可以免税？ 答复意见： 《税收征收管理法》第三十六条规定，企业或者外国企业在中国境内设立的从事生产、经营的机构、场所与其关联企业之间的业务往来，应当按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用；不按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用，而减少其应纳税的收入或者所得额的，税务机关有权进行合理调整。据此，有限公司不按出资比例分红，而减少自然人其应纳税所得额的，税务机关有权进行合理调整。	《税收征收管理法》第三十六条适用于调整企业与企业之间的关联往来，而回答的结论是有权调整自然人股东。该答复基于国家税收（个人所得税）流失的风险给出答复，似乎隐含了如果对自然人股东进行调整的话，则间接赞同了对于企业股东超比例部分的分配不能免税的观点
江苏地税回答的问题：不按出资比例分红免税问题： 某有限公司由 A（法人）和 B（法人）及 C（自然人）出资组成，出资比例为 3：3：4，公司章程规定分红比例为 4：4：2, 2012 年度公司分红 100 万元，请问：A 和 B 各分得的 40 万元是否可以免企业所得税 ？ 答复意见： 根据《企业所得税法》及《实施条例》的规定，在中华人民共和国境内，企业和其他取得收入的组织（以下统称企业）为企业所得税的纳税人，依照本法的规定缴纳企业所得税。个人独资企业、合伙企业不适用本法。符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益，为免税收入。所称符合条件的居民企业之间的股息、	从江苏地税、常州地税答复来看，江苏省地方税务局认为，法人股东取得的不按出资比例的分红收益，只要符合《企业所得税法》第二十六条的规定，都可以免税。但江苏省常州市地方税务局则认为：企业的法人股东实际分得

续　表

红利等权益性投资收益，是指居民企业直接投资于其他居民企业取得的投资收益。不包括连续持有居民企业公开发行并上市流通的股票不足12个月取得的投资收益。 因此，您企业取得符合上述文件规定的投资收益免征企业所得税。否则，应合并到收入总额计征企业所得税。	部分和按比例分得部分的差额应视同投资成本的收回，减少股东的投资成本。
《江苏省常州地方税务局2012年度企业所得税汇算清缴政策口径》： 【问】某公司的两个股东都是企业法人，对公司税后利润进行分配，如果两股东协商后同意不按股份比来分，一个分的多一个分的少，那么多分的一方多分到的利润是否还能享受免税收入优惠？ 【答】实际分得部分和按比例分得部分的差额视同投资成本的收回，减少股东的投资成本。	
《国家税务总局关于发布〈中华人民共和国企业所得税年度纳税申报表（A类，2014年版）〉的公告》（国家税务总局公告2014年第63号）附件"《中华人民共和国企业所得税年度纳税申报表》填报说明"中《符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益优惠明细表》（A107011）填报说明规定："一、有关项目填报说明之7. 第6列'依决定归属于本公司的股息、红利等权益性投资收益金额'：填报纳税人按照投资比例计算的归属于本公司的股息、红利等权益性投资收益金额。若被投资企业将股权（票）溢价所形成的资本公积转为股本的，不作为投资方企业的股息、红利收入，投资方企业也不得增加该项长期投资的计税基础。" 《国家税务总局所得税司关于企业所得税年度纳税申报表部分填报口径的通知》（税总所便函［2015］21号）：八、《符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益优惠明细表》（A107011）填报说明（一）"一、有关项目填报说明之7. 第6列'依决定归属于本公司的股息、红利等权益性投资收益金额'"中"填报纳税人按照投资比例计算的归属于本公司的股息、红利等权益性投资收益金额"。修改为："填报纳税人按照投资比例或者其他方法计算的，实际归属于本公司的股息、红利等权益性投资收益金额"。	税总所便函［2015］21号对国家税务总局公告2014年第63号填报说明的修订似乎意味着，"其他方法"包括按照全体股东约定或者公司章程规定或者公司股东决议表决通过予以计算确定。同时，"实际归属于"也隐含着这样的理解。
《国家税务总局关于发布〈企业所得税优惠政策事项办理办法〉的公告》（国家税务总局公告2015年第76号）附件1"企业所得税优惠事项备案管理目录（2015年版）"第3项：符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益免征企业所得税，其"主要留存备查资料"写明"若企业取得的是被投资企业未按股东持股比例分配的股息、红利等权益性投资收益，还需提供被投资企业的最新公司章程；"	国家税务总局公告2015年第76号明确对于享受免税股息的留存备查资料还需要提供被投资企业的最新公司章程，表明是可以享受免税待遇的

从上述法律法规、政策和解答及其点评可以看出，从税收法规、国家税务总局以及地方税务局各层面对此问题似乎仍然并不明确和清晰。特别需要说明的是，仍然有部分人士认为，税总所便函［2015］21 号对国家税务总局公告 2014 年第 63 号填报说明的修订并不表明国家税务总局已经赞同“免税股息总额说”。但笔者认为，所便函［2015］21 号实际是支持了“免税股息总额说”，至于个人股东向企业股东不按股息比例分配可能出现的国家税收减少，需要判断是否具有合理商业目的，并通过反避税调整，而不是直接征税。从 2015 年 11 月 12 日国税总局发布的 76 号公告亦再次表明此立场和态度（当然仍然有部分人士并不认可）。

四、“企业和个人股东集合体免税股息总额说”的构建和适用——兼论反避税的实践应对

下面，笔者以实践中几种典型的不按股权比例分红的情形来分别按各观点进行税务处理并进行税务评析，并同时构建和提出自己的“企业股东集合免税股息总额说”观点及对避税行为的解决方案。

（一）股东约定不按照股权比例分配，但不存在分取固定股息的情况

此种情形基本属于不按股权比例分配中最简单的类型。即，股东并不存在收取固定股息或者优先收取股定股息的情况存在，仅仅是简单地调整利润分配比例。对于这种类型的所得税处理原则，笔者在“免税股息总额说”兼顾反避税考量基础上，提出“企业和个人股东集合体免税股息总额说”。

1. “企业和个人股东集合体免税股息总额说”的总体原则

该说的总体原则是，基于反避税和国家总体税收不减少的考量，将所有企业股东和所有个人股东各自视为一个“集合体”。对于“企业股东集合体”，在按其总体股权比例计算的股息范围内（下称“集合免税股息”），在不按股权比例分配的情形下，计算合计的实际股息总额未超过其集合免税股息的，则直接对整个“企业股东集合体”给予免税股息待遇；如果超过集合免税股息的，则对超额部分征税。征税的计算方法从理论上应按照“个人股东集合体”减少的个人所得税额确定。对于“个人股东集合体”，类似地，如果计算合计的实际股息总额未超过其集合免税股息的，则直接按照各自实际分配的股息计征个人所得税；如果超过其集合免税股息，结论是一样的，并不因“个人股东集合体”多交个人所得税而给予减少的待遇。

2.“企业和个人股东集合体免税股息总额说”的具体适用原则

在“企业和个人股东集合体免税股息总额说”总体原则下，笔者将其具体适用原则总结如下：

（1）如果不按股权比例分红仅涉及“企业股东集合体”内部，则直接适用前述的“免税股息总额说”。即，如果被投资企业对“企业股东集合体”的实际股息分配总额不超过其“集合免税股息”的，按照《企业所得税法》的规定，给予“企业股东集合体”所有股东免税股息待遇；

（2）如果不按股权比例分红仅涉及“个人股东集合体”，则直接对各个人股东按照实际收到的股息按适用税率20%征税；

（3）如果不按股权比例分红涉及“企业股东集合体”向“个人股东集合体”转移股息，由于“企业股东集合体”并没有取得超过其“集合免税股息”的股息，不存在对其超额部分征税的问题。即使“企业股东集合体”内部存在超股权比例分配，将直接适用上述第（1）项原则处理，对超股权比例分配的企业股东给予免税待遇；此时，对于“个人股东集合体”，由于“企业股东集合体”将本可以享受免税股息待遇的股息转移分配给“个人股东集合体”，则对于“个人股东集合体”的各个人股东实际收到的股息按适用税率20%征税，并不给予减少的待遇；

（4）如果不按股权比例分红涉及“个人股东集合体”向“企业股东集合体”转移股息，由于“企业股东集合体”可以享受免税股息待遇，则“企业股东集合体”应就其实际收取的股息超过其“集合免税股息”的部分缴纳企业所得税。立法时，计算缴纳的方法可以有两种方法可供选择适用：[①]

①按照“个人股东集合体”减少的其应缴纳的个人所得税总额确定“企业股东集合体”应缴纳的企业所得税总额。如果“企业股东集合体”内部存在多个超股权比例分配的企业股东的，按照其超股权比例部分的股权的比例分摊；

②直接按照“企业股东集合体”从“个人股东集合体”取得的股息总额乘以适用税率25%确定“企业股东集合体”应缴纳的企业所得税总额。如果“企业股东集合体”内部存在多个超股权比例分配的企业股东的，按照其超股权比例部分的股权的比例分摊。

让我们以如下例子来予以展示：

---

① 笔者注：显然，前一方法从理论和公平性上更合理，但后一方法更符合遵从企业所得税按照应税所得乘以适用税率计算应纳税额的规定，而且一般情况下，此时国家税收还有所增加，以起到对避税行为的预防、警示作用。本专题除非另有说明，采用前一方法处理。

【例 29 - 1】 股东约定不按照股权比例进行分配——无固定股息

假定，甲有限公司由 A 公司和 B 公司及自然人 C 出资组成，注册资本为 100 万元，出资比例为 3：3：4，甲公司章程规定分红比例为 5：2：3。2012 年度公司分红 100 万元。A 公司和 B 公司适用税率 25%，C 个人适用税率 20%。

问题：在 2012 年度，A 公司、B 公司和 C 个人各自分得的股息如何进行所得税处理？

【解析】 按照前述五种观点进行的税务处理如下表：

观点	税务处理	总体税负分析
按比例享受免税股息说	A 超过其股权比例分配的部分应作为应税所得处理： A 确认所得 = 50 - 30 = 20（万元） A 持有的股权计税基础无需调整 B 赠与股息 10 万元不得在税前扣除	A 确认应税所得 20 万元，应纳税额 5 万元。与按照股权比例分红减少的税额 2 万元（10 × 20%）相比，增加 3 万元，国家税收反而增加。
捐赠说	A 超过其股权比例分配的部分视为 B 和 C 对它的捐赠： A 确认所得 = 50 - 30 = 20（万元） A 持有的股权计税基础无需调整 B 赠与股息 10 万元不得在税前扣除	同"按比例享受免税股息说"。
冲减计税基础说	A 超股权比例取得的股息所得视为投资成本的收回： A 不确认 20 万元股息所得，对股权计税基础冲减 20 万元	如果以后 A 转让持有的股权，股权计税基础减少 20 万元，将导致股权转让所得增加 20 万元，递延税款 5 万元，与按照股权比例分红减少的税额 2 万元（10 × 20%）相比，增加 3 万元，国家税收反而增加。
分红权转让说	A 超股权比例取得的股息所得视为 B 和 C 各自转让 10% 的分红权给 A，由于 A 并没有支付形式对价，实质还是"赠与"，税务处理同赠与说。	同"赠与说"。
免税股息总额说	A 超股权比例取得的股息所得不视为赠与，只要 A、B 和 C 分配的股息不超过免税股息总额，则视为免税股息处理。	由于 A 不确认所得并纳税，与按照股权比例分红减少的税额 2 万元（10 × 20%）相比，减少个人所得税额 2 万元。这也是所谓的避税行为产生的原因。

从上表的税务处理可以看出，除了"免税股息总额说"之外，其他四种学说在发生个人股东向企业股东转移分配时，在国家税收上皆没有减少。因此，

在下面，笔者仅仅以“按比例享受免税股息说”、“免税股息总额说”和“企业和个人股东集合体免税股息总额说”来进行对比分析如下：

1. 按照“按比例享受免税股息说”处理

A公司就超股权比例股息部分缴纳企业所得税5万元［100×（50%－30%）×25%］，B公司免税，C个人缴纳个人所得税6万元（30×20%），总体合计11万元。

2. 按照“免税股息总额说”处理

A公司和B公司在不超过被投资企业可分配利润总额（100万元）范围内享受免税股息待遇，C个人缴纳个人所得税6万元（30×20%），总体合计6万元。

3. 按照“企业和个人股东集合体免税股息总额说”处理

第一步，判断“企业集合体”和“个人集合体”及其集合免税股息。A公司和B公司构成“企业集合体”，其“企业集合免税股息”为60万元［100×（30%＋30%）］；C个人构成“个人集合体”，其“个人集合免税股息”为40万元（100×40%）。

第二步，确定实际分配的集合股息的转移方向及金额。“企业集合体”实际收取的股息为70万元［100×（50%＋20%）］，“个人集合体”实际收取的股息为30万元（100×30%），转移的股息总额为10万元（70－60，或40－30）转移方向为“个人集合体”向“企业集合体”转移股息；

第三步，确定“企业集合体”、“个人集合体”及其成员企业股东的应税所得及应纳税额。此时，有两种计算方法如下：

（1）“个人集合体”减少的个人所得税额为2万元（10×20%），因此“企业集合体”增加的应纳税额为2万元，由于仅仅A公司存在超股权比例分配取得20万元，其中包含B公司转移的股息10万元属于“企业集合体”内部的转移不对A征税。我们可以发现，这也是“企业和个人股东集合体免税股息总额说”和“按比例享受免税股息说”之间处理的最大的差异（10×25%＝2.5万元的差异）因此，A公司将缴纳企业所得税2万元，B公司免税，C个人缴纳个人所得税6万元（30×20%），总体合计8万元；

（2）“个人集合体”转移股息10万元给“企业集合体”，基于同样的理由，仅A公司缴纳企业所得税2.5万元（10×25%），B公司免税，C个人缴纳个人所得税6万元（30×20%），总体合计8.5万元。其中，与上一方法比较，差异的0.5万元税额是由企业所得税税率和个人所得税税率之间的差5%造成的。

笔者将上述三种处理方法与按股权比例分红处理结果对比如下表：

分配类型	处理方式	A 公司税额	B 公司税额	C 个人税额	总体税负
按股权比例分红		0	0	100×40%×20%=8	8
不按股权比例分红	按比例享受免税股息	100×（50%－30%）×25%=5	0	100×30%×20%=6	11
	免税股息总额	0	0	100×30%×20%=6	6
	企业和个人股东集合免税股息总额说	100×（40%－30%）×25%=2.5	0	100×30%×20%=6	8.5
		100×（40%－30%）×20%=2	0	100×30%×20%=6	8

从上表我们可以清晰地看出，在“免税股息总额说”下，国家总体税收减少 2 万元，可能存在将本应由个人股东 C 缴纳的个人所得税通过利润转移给享受免税股息待遇的企业股东 A 的形式而避税，当然个人股东 C 自己也少收取了 10 万元的股息所得，完全有可能通过其他交易或途径得到弥补；在“按比例享受免税股息说”下，直接对 A 公司超股权比例部分按照适用税率 25% 征税，总体税负达到 11 万元，比按股权比例分红时，个人股东 C 减少了 2 万元的个人所得税，而国家税收反而总体增加了 3 万元。显然这有违税法公平的原则；但在“企业股东集合免税股息总额说”下，存在两种修正后的计算方法：一是，就个人股东 C 转移的 10 万元直接按照适用税率 25% 对 A 公司征税，这个时候会产生 0.5 万元的总体税负增加，这是由企业所得税税率和个人所得税税率之间的 5% 的差异造成的；二是，基于最公平、合理的原则，应当按照个人 C 减少的 2 万元个人所得税来确定 A 公司应纳税额，即 2 万元。这个时候总体税负完全与按股权比例分红下的总体税负一致。

让我们在本例的基础上做进一步拓展分析。假定，甲有限公司由 A 公司、B 公司及自然人 C、合伙企业 D 出资组成，注册资本为 100 万元，出资比例为 2：2：4：2，甲公司章程规定分红比例为 4：1：2：3。2012 年度公司分红 100 万元。则：由于“企业集合体”和“个人集合体”实际收到的股息总额分别为 50%：50%，其投资比例合计比为 40%：60%，所以，“个人集合体”向“企业集合体”转移了 10 万元（100×10%）的股息，“个人集合体”合计减少个人

所得税额为2万元（10×20%）。因此，A公司应缴纳企业所得税2万元。

如果案例调整为：甲有限公司由A公司、B公司及自然人C、合伙企业D出资组成，注册资本为100万元，出资比例为2：4：2：2，甲公司章程规定分红比例为4：1：1：4。2012年度公司分红100万元。则：由于“企业集合体”和“个人集合体”实际收到的股息总额分别为50%：50%，其投资比例合计比为60%：40%，所以，“企业集合体”向“个人集合体”转移了10万元（100×10%）的股息。尽管A公司超股权比例享受分红，但A公司和B公司的集合体总体实际收取的股息额50万元并没有超过其集合免税股息总额60万元，因此，A公司和B公司皆享受免税股息待遇。同时，C个人应缴纳个人所得税2万元（100×10%×20%），D合伙企业应缴纳个人所得税8万元（100×40%×20%），合计10万元。

（二）股东约定不按照股权比例分配，但存在分取固定股息的情况

上面我们讨论了不存在固定股息的情形，在这个部分我们来讨论第二种情形，即是部分股东存在收取固定股息的情形的处理。

【例29－2】股东约定不按照股权比例进行分配——收取固定股息

假定，甲有限公司由A公司和B公司组成，注册资本为100万元，出资比例为6：4。2012年1月1日，甲公司股东会议作出决议如下：

1. 股东A公司委托股东B企业全权经营管理公司，委托期是2012年1月1日至2021年12月31日；

2. 在委托经营期间，股东B公司应当本着股东利益最大化的原则经营公司；

3. 在委托经营期间，A公司每年取得固定分红40万（不管是否盈利），其余的利润全部归股东B公司所有；

4. 在委托经营期间，A公司不参与、不干涉甲公司经营活动。

2013年，甲有限公司进行2012年度利润分配。2012年，甲有限公司税后利润100万，A公司分得40万，剩余60万全部分配给B公司。A公司和B公司适用税率25%。

问题：对于A公司取得的40万所得和B公司取得的60万所得是否可以享受股息所得的免税待遇？

【解析】鉴于“冲减计税基础说”和“赠与说”与“按比例享受免税股息说”本质上并无区别，因此笔者在此仅仅按照“按比例享受免税股息说”、“股权中分红权转让说”和“免税股息总额说”比较分析如下表：

观点	税务处理	总体税负分析
按比例享受免税股息说	B 超过其股权比例分配的部分应作为应税所得处理： B 确认所得 =60 -40 =20（万元） A 不确认所得作为免税股息处理 A、B 持有的股权计税基础无需调整	B 确认应税所得 20 万元，应纳税额 5 万元。与按照股权比例分红相比，增加 5 万元，国家税收反而增加。
股权中分红权转让说	B 超股权比例取得的股息所得视为 A 转让所有分红权给 B，分期每年收取 40 万元，其对价实质是 10 年固定股息的价值之和。 B 确认其他所得 =40（万元） A 可以在税前扣除 40 万元	由于 B 确认所得 40 万元，A 可以在税前扣除 40 万元，对国家总体税收而言并不变化。
免税股息总额说	B 超股权比例取得的股息所得不视为赠与，只要 A、B 分配的股息不超过免税股息总额，则视为免税股息处理。	由于 B 不确认所得并纳税，与按照股权比例分红相比，减少所得税额 5 万元。这也是所谓的避税行为产生的原因。

对于包含“固定股息”条款的不按股权比例分红的情形，笔者认为应该首先从交易的基础法律性质分析入手，而不能简单地按照上述学说和笔者提出的“企业和个人股东免税股息总额说”来进行税收处理。

1. 交易的基础法律性质的界定——收取固定利润（分红）实质是“名投资实借贷”

早在《民法通则》出台之后，我国法律就针对借投资之名而行融资借贷之实的情形作出了法律规定。

非金融企业之间的借贷形式总体上分为两类：一是以借款合同的形式直接体现的借贷合同；二是非借款合同方式所形成的变相借贷合同。前者的表现形式是双方以协议形式直接确定借贷关系，协议内容把借款数额、利息、还款期限、违约责任等都加以明确。有的还设定了保证、抵押等担保条款，并有担保人参与签订协议。后者的表现方式则比较模糊和复杂，大致又可以细分为以下几种：联营形式的借贷、投资形式的借贷、存单表现形式的借贷、票据形式的借贷、融资租赁形式的借贷、补偿贸易方式的借贷、委托理财形式的借贷等等。在这里我们主要讨论与本案例有关的前两种形式。

（1）联营形式的借贷

最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》（法［经］发［1990］27 号）第四条第（二）项规定：“企业法人、事业法人作为联营一

方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是明为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效。”央行1996年的《贷款通则》第61条规定，企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务。2015年8月6日，最高人民法院颁布了《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释［2015］18号，2015年9月1日起施行）首先明确了“民间借贷”的合法性，该文第一条第一款规定：“本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。”因此，法［经］发［1990］27号所述的借贷合同本身是合法的，只不过对于年利率进行了明确的规定，超过规定利率的部分人民法院不予支持。法释［2015］18号第二十六条规定：“借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。”

（2）投资形式的借贷

法律上的投资，一般是指取得股权并承担相应的经营风险。但有的投资合同，投资者并不对所投资的项目或对被投资的企业法人承担经营风险，也不以所投入的资金对被投资法人承担民事责任，无论被投资项目盈利或亏损，均要按期收回本息或固定利润。在这种情况下，出资人所投入的资金并非股权而是债权，这种投资关系在司法实践中被认定为借贷关系。在利息处理方面，应按照法释［2015］18号第二十六条的规定处理。

综上所述，我们可以看出，本例的情形实际是A公司实际借贷资金给甲公司而收取固定利息，A公司既不参与共同经营，也不承担投资的风险责任，不论盈亏均按期收取固定利润，是明为投资，实为借贷。所以，从法律实质来看，这才是本例子的最根本的实质，而不是首先去分析“股权”中部分权利转让的实质。

2. 交易的税务处理

在界定为“借贷融资”的性质之后，税法上的处理就是很明显的了。即，A公司每年收取的40万视为民间借贷“利息收入”并入应纳税所得额进行处理。需要注意的是，这个时候，税法并不需要考虑法释［2015］18号第二十六条有关借贷利息是否支持的法律规定，因为税法上的一个基本原理即是，即使是“非法所得”也应计入应税所得并予以征税。同时还意味着，不论会计处理

上是否作为利息收入处理或者被投资企业是否作为利息支出处理，税法上均按照利息收入处理。那么，问题出来了，由于被投资企业是使用的税后利润作出的利润分配40万（利率为40%>36%），既然A公司作为利息收入处理，被投资企业是否可以作为利息支出税前扣除呢？笔者认为，根据《企业所得税法》第九条的规定，甲公司可以税前扣除，因为这属于甲公司与取得收入有关的利息支出。对于B公司而言，其仅收到60万元的股息，根据上述的定性，B公司实际可以享受70万［（100÷（1－25%）－40）×（1－25%）］免税股息待遇（视为100%投资），但只分配了60万元，则该60万元为免税股息。

根据上例分析，笔者对存在固定股息下不按股权比例分红的所得税处理的原则总结为，应当重新界定交易的基本法律性质为“名投资实借贷”，并按照有关借款利息收入和利息支出的规定进行税务处理。

（三）股东约定不按照股权比例分配，但存在优先分配固定股息的情况

对于此种情形，实际还可以细分为如下两种情形：

一是，个别或部分股东实行优先分配权（通常是有一个优先额上限），即在优先收回之前，其他股东不得分红；待优先收回之后，所有股东按股权比例分红；

二是，个别或部分股东在优先收回达到优先额上限后，其他股东按照股权比例分配时，按照该个别或部分股东优先额上限的比例优先收回股息，待所有的股东累积分配股息比例符合股权比例之后，再按照股权比例分红。

对于上述两种情形，从法律性质上分析，由于其前提条件都是被投资企业有可分配利润并实施分配时，部分股东才享有优先分配权，并且以后依然会按照股权比例共担经营风险，特别是第二种情形下，通过“回拨”机制，最后将恢复到所有股东最终将按照股权比例分红的状态（尽管带有结果的不确定性）。所以，笔者认为，这两种情形下的带有优先分配机制的不按股权比例分红不能简单地按照“名投资实借贷”来分段处理，而应该按照如下原则来分段处理：

1. 对于上述第一种情形，在个别或部分股东未收回优先额上限之前，应视为该等股东按照100%的股权比例分红，其他股东进行转移分配。该等股东是否就超股权比例纳税应根据我们在前述第（一）部分中所述的“企业和个人股东集合体免税股息总额说”规定的原则来处理。

2. 对于上述第二种情形，尽管从最终结果分析，符合按照股权比例进行分配，但在实践中，由于后期被投资企业是否有足够的利润分配来予以恢复或者是否分配足够的利润，以及税收征管将趋于复杂。所以，笔者认为可以将其视

为实质包括了两个阶段的带优先分配权的不按股权比例分红，应分段按照上述第 1 点所述原则处理。

让我们以如下案例来进行展示和说明：

【例 29－3】股东约定不按照股权比例进行分配——带优先分配机制

情形一：假定，甲有限公司由 A 公司和 B 公司及自然人 C 出资组成，注册资本为 100 万元，出资比例为 3：3：4，甲公司章程规定的利润分配方式如下：

（1）A 公司优先分配的总利润上限为 50 万元（优先额上限），在 A 公司优先收回优先额上限之前，B 公司和 C 个人不得参与分配；

（2）A 公司优先收回优先额上限之后，A 公司和 B 公司、C 个人按照股权比例分红。

2012 年度，甲公司实现利润 40 万元，全部用于分配给 A 公司，A 分得 40 万元；2013 年度，甲公司实现利润 100 万元，全部用于分配，A 公司分得 37 万元［10＋（100－10）×30%］，B 公司分得 27 万元［（100－10）×30%］，C 个人分得 36 万元［（100－10）×40%］。

问题：在 2012 年度、2013 年度，A 公司、B 公司和 C 个人各自分得的利润应如何进行所得税税务处理？

情形二：基本事实同情形一。除了利润分配方式如下：

（1）A 公司优先分配的总利润上限为 50 万元（优先额上限），在 A 公司优先收回优先额上限之前，B 公司和 C 个人不得参与分配；

（2）A 公司优先收回优先额上限之后，在后续利润分配中，B 公司和 C 个人按照 A 公司优先额上限按股权比例计算优先收回各自的 50 万元、66.67 万元，在回收之前，A 公司不得参与分配；

（3）在上述（1）、（2）项所述的优先分配完成后，A 公司、B 公司和 C 个人按照股权比例分配。

2012 年度，甲公司实现利润 40 万元，全部用于分配给 A 公司，A 公司分得 40 万元；2013 年度，甲公司实现利润 100 万元，全部用于分配，A 公司分得 10 万元，B 公司分得 38.57 万元［（100－10）×（30%＋30%×30%/70%）］，C 个人分得 51.43 万元［（100－10）×（40%＋30%×40%/70%）］；2014 年度，甲公司实现利润 100 万元，全部用于分配，A 公司分得 22 万元｛［100－（50－38.57）－（66.67－51.43）］×30%＝73.33×30%｝，B 公司分得 33.43 万元｛（50－38.57）＋［100－（50－38.57）－（66.67－51.43）］×30%＝11.43＋73.33×30%｝，C 个人分得 44.57 万元｛（66.67－51.43）＋［100－（50－

38.57）－（66.67－51.43）］×40%＝15.24＋73.33×40%｝。

问题：在2012、2013、2014年度，A公司、B公司和C个人各自分得的利润应如何进行所得税税务处理？

【解析】1. 对于情形一，A公司存在超股权比例分配的情形实质存在于它在收回优先额上限（50万元）之前，并涉及2012年和2013年两个年度：

（1）在2012年度，由于属于“个人集合体”向“企业集合体”的转移分配。则：A公司缴纳的企业所得税＝40×40%×20%＝3.2（万元），B公司和C个人不纳税。与按照股权比例分配计算的总体税负3.2万元相等。

（2）在2013年度，就优先分配的10万元部分，根据同样的处理来进行。则：

①A公司缴纳的企业所得税＝10×40%×20%＝0.8（万元），B公司和C个人不纳税。实际上，就50万元的优先额上限，总体的简单计算方法是50×40%×20%＝4（万元），与前述两年计算的合计数额相等。

②同时，对于剩余的90万元按照股权比例进行分配，A公司、B公司不缴纳企业所得税，C个人缴纳个人所得税7.2万元。

2. 对于情形二，实质存在两个优先分配额的问题。处理如下：

（1）在2012年度，有关处理同上述情形一；

（2）在2013年度，对于优先分配给A公司的10万元处理同上述情形一；对于优先分配给B公司和C个人利润，视为A公司将总计27万元利润（90×30%）分别转移11.57万元（38.57－90×30%）和15.43万元（51.43－90×40%）给B公司和C个人处理。该分配实质是“企业集合体”向“个人集合体”转移了股息15.43万元。因此，A公司和B公司不征税，对于C个人征税个人所得税10.29万元（51.43×20%）。

（3）在2014年度，对于优先分配给B公司和C个人的利润，视为A公司将总计26.67万元利润分别转移11.43万元（50－38.57）和15.24万元（66.67－51.43）给B公司和C个人处理。该分配实质是“企业集合体”向“个人集合体”转移了股息15.24万元。因此，A公司和B公司不征税，对于C个人征税个人所得税8.91万元（44.57×20%）。

五、“企业和股东集合体免税股息说”的总体评析及建议

通过上述第四部分的分析，我们可以看出，如果要针对不按股权比例分红进行征税的话，其实质是在“免税股息总额说”基础上，特别针对“个人股东

集合体”向“企业股东集合体”转移利润的情形下的避税行为作出的规定。但是，我们需要注意的是，特别是在第四点第（三）部分所述的带优先分配顺序的不按股权比例分红时，问题将显得非常复杂，如果涉及需要多年度来优先回收优先额度时更是如此。那么，实践中，如何既有效防范避税行为，又不加重税收征管难度呢？笔者认为，需要注意如下几点：

第一，“企业和股东集合体免税股息说”理论必须建立在《个人所得税法》增加一般反避税条款的基础上。否则，按照“个人股东集合体”转移的股息额按适用企业所得税税率计算“企业股东集合体”应缴纳企业所得税或者按减少的个人所得税额来确定“企业股东集合体”应缴纳企业所得税将无法律依据可执行；

第二，对于带优先分配机制的不按股权比例分红，如何既考虑反避税，又兼顾税负公平，是一个需要研究的问题，笔者提出的分阶段解决的方式，可能在多年分配之后来考量总体税负时，可能会加重企业股东和个人股东的总体税负；

第三，实践中，还需要处理好企业股东和个人股东之间的纳税申报联动的问题，可以考虑专门建立一套单独的纳税申报附表来分别计算股息转移及税负变化，并附有关合理商业目的的解释说明，如果其主要的目的不是推迟或减少税收，对此交易可以对企业股东直接适用“免税股息总额说”来处理；如果存在避税行为，则予以调整。当然，如果对于“个人股东集合体”转移“企业股东集合体”的股息直接乘以适用的企业所得税税率而计缴企业所得税的话，在征管上将更为便捷，并不减少国家税收，反而增加，但会加重纳税人的负担。

总之，不按股权比例分红是一个理论和实践中都需要尽快明确的税务问题，笔者希望国家税务总局在实践调查和充分研究的基础上尽快出台管理办法予以明确，而不能仅仅以税总所便函［2015］21 号对国家税务总局公告 2014 年第 63 号填报说明的修订来模糊化处理，并且这也可能会带来避税行为，造成国家税收的流失。

专题 30：已宣告未到支付期股息转让的税务问题

内容概览

在前面几个专题中，我们关注的内容是企业在利润分配中涉及的税务问题，以及一些反避税的考量。在本专题，我们将来探讨一下有关已宣告未到支付期股息在企业并购重组涉及的相关税务问题。本专题包含如下内容：

■ 债权的形成、权利内涵以及完全债权与不完全债权

■ 已宣告未到支付期股息的法律性质及其会计处理

■ 股东直接转让已宣告未到支付期股息的税务问题

■ 股权收购中包含已宣告未到支付期股息的税务问题

一、债权的概念、形成原因以及完全债权与不完全债权

(一) 债权的概念、形成原因

债权，依民法之通说，为请求特定人为一定行为（作为或不作为）的民法上的权利。基于权利义务相对原则，相对于债权者为债务，即必须为一定行为（作为或不作为）的民法上的义务。因此债之关系本质上即为一民法上的债权债务关系，债权和债务都不能单独存在，否则即失去意义。

在民法上，债权形成的原因主要包括合同、侵权行为、无因管理和不当得利。合同是债权产生最主要的原因。在一般侵权行为中，当事人一方只有因自己的过错而给他人造成人身和财产损失时，才负赔偿的责任，如果没有过错，就不需负赔偿责任。而在特殊侵权行为中，只要造成了他人的损失，不论是否存在过错，仍需负赔偿责任。不当得利是指既没有法律上的原因，也没有合同上的原因，取得了不当利益，而使他人受到损失的行为。在不当得利的情况下，受到损失的当事人有权要求另一方返还不当利益。无因管理是指，没有法定或者约定的义务，为避免他人的利益受损失而进行管理和服务的，提供管理和服务的一方有权要求他方支付必要的费用。

（二）完全债权与不完全债权

所谓完全债权，是指具有债权的全部效力的债权。欠缺某项效力的债权为不完全债权。而债权的权能，是指债权人依其债权得为的行为。

完全债权具有如下四项效力：

1. 请求力，即债权人有权请求债务人履行债务从而实现债之内容的效力。从权利角度，为债权的给付请求权；

2. 受领保持力，即债权人于受领债务人的履行后有权保持该履行利益而无须返还。就此而言，债权并不因为债务人的履行而消灭，其仍然作为债权人保持该利益的合法根据，否则就会构成不当得利。从权利角度，为债权的给付受领权；

3. 强制执行力，即在完全债务人不履行其债务时有权请求法院予以强制执行。从权利角度，为债权的保护请求权；

4. 处分力，即完全债权人有权决定债权在法律上的命运。债权人对债权的处分方式主要有：让予债权、将债权用于担保而设立权利质权、放弃债权（即免除债务人的债务）等。从权利角度，为债权的处分权。

债权具备上述请求力、保持力、强制执行力、处分权能时，就是效力齐备的债权，亦叫完全债权。如果欠缺某项效力，则该债权沦为不完全债权。

二、已宣告未到支付期股息的法律性质及其会计处理

（一）股东股息分配请求权的涵义及法律性质

股东股息分配请求权（简称“分红权”）是《公司法》赋予股东的法定权利。《公司法》第四条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”该规定赋予了股东分享资产收益的财产权和参与重大决策和选择管理者的管理权，而股东的分红权则是股东财产权的一部分。概括地讲，股东股息分配请求权是指股东基于其公司股东的资格和地位依法享有的请求公司向自己分配股息的权利。从法律性质上看，可以分为“抽象股息分配请求权”和“具体股息分配请求权”两个层面。前者指股东基于公司股东的身份而享有的一种股东权能，后者指当公司存在可供分配的利润时，且公司股东会议通过分配之决议后，股东请求公司按其持股类别和比例向其支付特定股息的权利。抽象股息分配请求权是一种期待权，利润分配方案经股东大会决议通过后才能转化为具体的股息分配请求权——即债权。此时，具体的股息分配请求权才是

股东对经股东会议决议认可的真实的可分配金额享有的给付请求权。

因此，公司利润分配构成对股东的债务，股东形成对公司的债权应满足两个条件：一是，公司有实际可供分配的利润；二是，公司的利润分配方案得到公司股东会议的表决通过。

实践中，又可根据股东会议决议通过的利润分配方案是否附支付期间约束分为两种情形：一是，公司已宣告到期未支付股息属于具体的股息分配请求权，属于股东对公司的完全债权，于宣告股息、实际支付时因支付而消灭；二是，公司已宣告未到支付期股息属于具体的股息分配请求权，属于股东对公司的不完全债权（给付请求权暂未形成，亦无保护请求权），至支付期限届至日形成完全债权，于宣告股息、实际支付时因支付而消灭。

（二）已宣告未支付利润的会计处理

根据企业会计准则的规定，企业根据股东（大）会或类似机构审议批准的利润分配方案，按应支付的现金股利或利润，借记“利润分配——未分配利润”科目，贷记“应付股利”或“应付利润”科目。实际支付现金股利或利润，借记“应付股利”或“应付利润”，贷记“银行存款”等科目。董事会或类似机构通过的利润分配方案中拟分配的现金股利或利润，不做账务处理，但应在附注中披露。“应付股利”或“应付利润期末贷方余额”，反映企业应付未付的现金股利或利润。

从上述会计处理规定可以看出，已宣告未支付利润在财务报表中体现为负债，减少企业的净资产金额。

三、股东直接转让已宣告未到支付期股息的税务问题

尽管很少见，如果个人股东直接将公司已宣告未到支付期股息转让给他人并融通资金的，则该股东是否产生个人所得税纳税义务？如果产生，则按照什么项目对该股东征缴？个人所得税的扣缴义务人是谁？在什么时候扣缴？归纳起来，这些问题需要搞清楚如下四个问题才能得以解决：

问题一：已宣告未到支付期股息（不完全债权）是否可以转让？

问题二：如果可以转让，转让股东是否存在个人所得税纳税义务？征税项目是什么？

问题三：如果转让股东有纳税义务，则应纳税所得额如何确定？

问题四：扣缴义务人是分红公司还是支付债权转让价款的支付人？扣缴义务时点如何确定？

让我们逐一来讨论上述问题。

1. 已宣告未到支付期股息（不完全债权）是否可以转让？

根据前文所述，如果公司有实际可供分配的利润，并且公司的利润分配方案得到公司股东会议的表决通过，则此时股东对公司的债权形成，并不因该债权属于不完全债权而导致债权不形成。同时，该债权因未到支付期限，其给付请求权暂未形成，但这并不影响债权人对该债权的处分权的形成。因此，已宣告未到支付期股息可以依法转让。

2. 如果可以转让，转让股东是否存在个人所得税纳税义务？征税项目是什么？

根据《个人所得税法》第二条的规定："下列各项个人所得，应纳个人所得税：……九、财产转让所得；"《个人所得税法实施条例》第八条的规定："税法第二条所说的各项个人所得的范围：……（九）财产转让所得，是指个人转让有价证券、股权、建筑物、土地使用权、机器设备、车船以及其他财产取得的所得。"由于债权属于财产（权），所以转让股东存在个人所得税纳税义务，征税项目是"财产转让所得"。

3. 如果转让股东有纳税义务，则应纳税所得额如何确定？

根据《个人所得税法》第六条的规定："应纳税所得额的计算：……五、财产转让所得，以转让财产的收入额减除财产原值和合理费用后的余额，为应纳税所得额。"那么，问题出来了。转让债权的收入比较好确认，但债权的"财产原值和合理费用"如何确定呢？特别是对应收股息这样的债权如何确定其财产原值呢？笔者认为，将财产原值视为零处理是恰当的。理由在于，股权是一种综合性财产权利，分红权仅仅是股东基于其股东资格和地位而获得的一种财产权利，公司分配利润后则由抽象的股息分配请求权转化为具体的股息分配请求权（债权），这与一般债权有明确的购入价或取得成本具有明显的区别，鉴于股权并没有实现转让，股权对应的原值应完整地保留在股权中，而不是按照某种方法来进行分割分摊到债权的财产原值上，也找不到一种科学的分摊方法。因此，笔者认为这样形成的债权的原值按零处理，即应纳税所得额等于其转让债权的收入额。

4. 扣缴义务人是分红公司还是支付债权转让价款的支付人？扣缴义务时点如何确定？

基于前述三个问题的分析，笔者认为，此时，不能将转让股东取得的收入视为公司的分红而应视为债权转让收入。因此，根据《个人所得税法》第八条

的规定："个人所得税，以所得人为纳税义务人，以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人。"《个人所得税法实施条例》第三十五条的规定："扣缴义务人在向个人支付应税款项时，应当依照税法规定代扣税款，按时缴库，并专项记载备查。前款所说的支付，包括现金支付、汇拨支付、转账支付和以有价证券、实物以及其他形式的支付。"债权转让价款的支付人为扣缴义务人，于实际支付价款日履行扣缴义务。

下面，让我们以一个案例来对此进行分析：

【例 30－1】个人股东转让公司已宣告未到支付期利润

假定，自然人 A 和自然人 B 系甲公司股东，分别持有甲公司 80% 和 20% 的股权。2015 年 1 月 5 日召开股东会，通过 2014 年度未分配利润 300 万元作现金红利分配的决议。同时，该决议还决定股息于 2015 年 4 月 30 日支付。由于 B 急需资金，于 2015 年 2 月 5 日，与自然人 C 协商一致将其应分得的现金股息 60 万元转让给 C（同日书面通知甲公司），C 于 2015 年 2 月 10 日将 57 万元支付给 B。2015 年 4 月 30 日，甲公司向 A 和 C 分别支付了 240 万元和 60 万元的现金红利。

问题：1. 自然人 B 是否有权转让未来应收甲公司现金股息 60 万元？

2. 甲公司如何对利润分配做账务处理？

3. 自然人 B 应按什么项目缴纳个人所得税？其纳税义务时间为何时？

【解析】1. 根据前文分析，甲公司于 2015 年 1 月 5 日召开股东会议作出了利润分配的决议，并且该未分配利润属于以前年度实现的可分配利润，所以，B 享有对甲公司的 60 万元的债权。根据《合同法》的规定，债权人转让债权的，应通知债务人，否则对债务人无约束力。由于 B 已经书面通知甲公司，所以，该债权的转让合法成立并对甲公司有约束力。需要注意的是，该债权在 2015 年 1 月 5 日甲公司作出分红决议之时即告成立，但属于不完全债权，只有期限届至 2015 年 4 月 30 日，该债权才具有给付请求权从而转化为完整的债权，但这并不意味着 B 没有对不完全债权的处分权。

2. 甲公司的账务处理如下：

（1）在 2015 年 1 月 5 日（股息宣告日）

借：利润分配——未分配利润　　300

贷：应付利润——A　　240

——B　　60

（2）在 2015 年 2 月 5 日（债权转让日）

借：应付利润——B 60

贷：其他应付款——C 60

（3）在 2015 年 4 月 30 日（实际支付日）

借：应付利润——A 240

其他应付款——C 60

贷：银行存款 300

3. 根据上述第 1 点的分析，根据《个人所得税法实施条例》第八条第（九）项的规定，自然人 B 按照“财产转让所得”项目纳税。由于 B 并没有转让持有的甲公司股权，仅仅转让的是债权，视为财产原值和合理费用为零，应纳税款为 11.4 万元（57×20%）。

同时，根据《个人所得税法》第八条、《个人所得税法实施条例》第三十五条规定，自然人 C 属于扣缴义务人，应于 2015 年 2 月 10 日予以扣缴。

四、股权收购中包含已宣告未到支付期股利的税务问题

笔者曾经在“专题 16：股权收购的税务疑难问题”中讨论过股权收购的税务处理，但并没有涉及目标公司“先分配形成已宣告未到支付期股息转让”给收购方的情形。即是说，目标公司已宣告未到支付期股息并没有在股权变更之前到支付期，而是在股权收购交易完成交割之后由收购方实际享有。此时，我们可以发现，如果出让方股东属于个人股东的话，依然会出现我们在第三部分所讨论的一系列问题。笔者以下例来进行分析说明。

【例 30－2】：[1] 个人股东已宣告未支付利润在股权收购中“消失的扣缴义务”假定，自然人 A 和自然人 B 系甲公司股东，分别持有甲公司 99% 和 1% 的股权。甲公司注册资本 600 万元。A 和 B 与乙公司协商一致将甲公司 100% 股权转让给乙公司。有关事实如下：

（1）2013 年 3 月 20 日，甲公司股东会通过分红决议，决定将公司的 500 万元未分配利润全部分配给 A 和 B，并决定于 2013 年 5 月 20 日支付。甲公司据此，贷记“应付利润——A 和 B”往来科目 500 万元；

（2）甲公司作价 1100 万元。在作价基准日，甲公司净资产 600 万元（包括应付股东利润 500 万元），账面应付利润（A 和 B）500 万元；

（3）2013 年 4 月 15 日，乙公司支付 1100 万元给 A 和 B，并于同日办理了

① 笔者注：本例子根据“消失的扣缴义务——摘自《郑大世审案集》”改编，作者：晨峰，来自于中国会计视野网，笔者进行了增补分析。

甲公司股权变更登记手续。据此，乙公司借记长期股权投资（甲公司）600 万元，应收利润（乙公司）500 万元；

（4）2013 年 5 月 20 日，甲公司将 500 万元股利支付给乙公司，乙公司据此冲减了应收利润（乙公司）500 万元。

税务机关在掌握甲公司股权变更登记信息的基础上，对该股权转让交易进行了稽查，发现甲公司在 2013 年 3 月 20 日作出分红决议后，已经贷记“应付股利——A 和 B”往来科目，但并没有依据《国家税务总局关于利息、股息、红利所得征税问题的通知》（国税函［1997］656 号）于当日履行代扣代缴义务。

甲公司认为，2013 年 3 月 20 日，公司虽然已经作出了分红决议，可并没有真实形成对股东的债务，因为股东 A 和 B 在 2013 年 3 月 20 日至 2013 年 5 月 20 日之间，并没有请求支付股利的权利，不符合债权的定义，此时债权并没有成立。到 2013 年 5 月 20 日，乙公司有权要求公司支付股利，此时成立的是甲公司对乙公司的债权，并且根据《企业所得税法》及其实施条例的规定，居民企业之间的股息、红利免税。所以，甲公司不存在任何代扣代缴的义务。

问题：1. 甲公司已宣告未到支付期的股利是否构成债务，或者说是否构成 A 和 B 对甲公司的债权？

2. 本交易是否属于完全的股权转让交易，或是股权、债权的合并转让？

3. 谁负有对自然人 A 和 B 的代扣代缴义务？

【解析】1. 甲公司已宣告未到支付期的股利构成对 A 和 B 的债务，A 和 B 亦拥有对甲公司的债权，理由同上例，不再赘述；

2. 应该讲，本股权转让交易或股权收购交易由两个子交易构成：一是，A 和 B 将持有的 100% 甲公司的股权作价 600 万元（按照甲公司的净资产的账面价值作价）转让给乙公司，这是一个股权转让交易；二是，A 和 B 将拥有的对甲公司的债权 500 万元作价 500 万元转让给乙公司。

鉴于证据显示，甲公司已经完成股权变更登记手续，并且乙公司已经支付股权转让价款 1100 万元给 A 和 B，故该股权转让交易合法有效并已交割完毕；同时，鉴于甲公司已经将股利 500 万元于 2015 年 5 月 20 日支付给乙公司，因此应视为债务人认可该债权转让，该债权转让合法有效。

3. 笔者认为该交易的实质就是股权和债权的混合转让行为，乙公司是扣缴义务人，应于 2015 年 4 月 15 日支付转让价款时履行扣缴义务扣缴 100 万元｛［（600 - 600）+（500 - 0）］×20%｝。

在上述例子中，我们还需要注意的是税务机关采用的依据《国家税务总局关于利息、股息、红利所得征税问题的通知》(国税函［1997］656 号)[①] 规定：“扣缴义务人将属于纳税义务人应得的利息、股息、红利收入，通过扣缴义务人的往来会计科目分配到个人名下，收入所有人有权随时提取，在这种情况下，扣缴义务人将利息、股息、红利所得分配到个人名下时，即应认为所得的支付，应按税收法规规定及时代扣代缴个人应缴纳的个人所得税。”该规定强调了“收入所有人有权随时提取”，但是我们可以发现在上例中，自然人 A 和 B 在 2015 年 3 月 20 日至 2015 年 5 月 20 日之间是不能随时提取的，所以，国税函［1997］656 号按照这样的标准来决定扣缴义务的发生时点，并不能成为甲公司在 2015 年 3 月 20 日负有扣缴义务的依据。同时，我们还可以发现，自然人于 2015 年 4 月 15 日实际收到 1100 万元价款时发生纳税义务，显然扣缴义务时间和纳税义务时间并不一致，且存在扣缴在前，纳税义务发生在后。遵从交易的实质和法律形式，采用乙公司作为扣缴义务人在 2015 年 4 月 15 日支付价款时扣缴可以很好地解决前述时间矛盾的问题。最后，甲公司不应作为扣缴义务人出现，理由在于，在股权转让之后，股利支付义务发生时，甲公司股东已经变更为乙公司，甲公司应向乙公司支付股利，根据《企业所得税法》第二十六条、《企业所得税法实施条例》第八十三条的规定，属于居民企业之间的免税股息，甲公司没有代扣代缴义务。

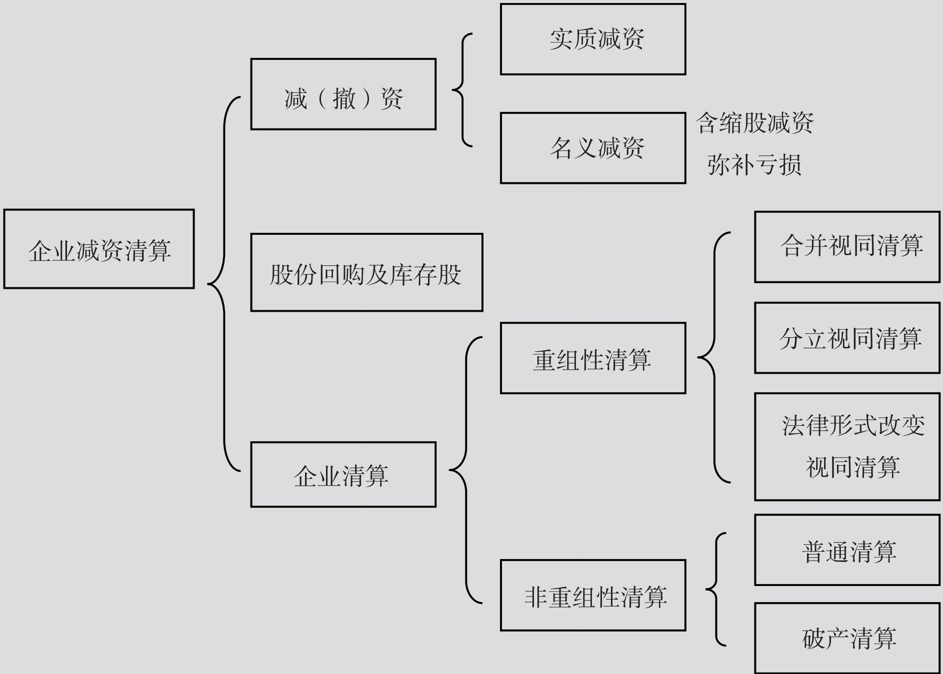
---

① 笔者注：该文在国家税务总局法规库中并不能查询到，效力也值得商榷。

第四篇　企业减(撤)资与清算

本篇综述

笔者在上一篇介绍了股东取得回报中的股息、红利方式的税务问题，在本篇，笔者将接着介绍股东通过减（撤）资方式或者股份回购方式以及企业清算业务（包括涉及重组的视同清算）的税务问题，并将其总结为如下图作为本篇总领之提纲：



本篇主要对企业运营阶段的减（撤）资以及清算阶段的税务处理问题进行介绍。主要内容包括：企业减资、撤资的税务问题、股份公司股份回购及库存股的税务问题、企业清算的税务问题。

专题 31：企业减资、撤资的税务问题

内容概览

在本书上一篇中，笔者讨论了企业利润分配的税务问题。至此，我们已经基本讨论完毕了企业投资设立、运营阶段的主要资本交易问题（资本交易的特殊业务放在第六篇集中讨论），是时候来讨论企业减资、撤资的税务问题了。本专题包含如下内容：

■ 企业减资、撤资的概念

■ 企业减资、撤资的企业所得税问题——以国税总局公告 2011 年第 34 号为中心

■ 企业减资、撤资的个人所得税问题——以国税总局公告 2014 年第 67 号为中心

■ 减资弥补亏损的所得税问题——理论与实践

■ 企业减资、撤资的其他税务问题

一、企业减资、撤资的概念

我国《公司法》及其相关的法规并没有对公司减资进行明确的定义。《公司法》只是在第一百七十七条中规定：“公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。”但按照一般法律理解，公司减资是指公司因资本过剩或亏损严重，根据经营业务的实际情况，依法减少注册资本的行为。至于撤资相对于减资而言，其实是指某一股东或部分股东全部撤回其对企业的投资，其实质亦是企业的减资行为。

依据公司减资的概念，公司减资可以按照公司资产是否实际减少分为“实质减资”和“形式减资”（或称为“名义减资”、“弥补亏损减资”）两类。那么

什么是实质减资和形式减资呢？顾名思义，实质减资是因为公司预定资本过多而形成大量的过剩资本时，为避免资本的浪费而由公司将多余的资本返还给股东的行为。形式减资一般是由于公司经营不佳，亏损过多，造成公司实有资产大大低于公司注册资本总额时，公司以减少注册资本总额的方法来弥补亏损的行为。所以，形式减资并不会发生公司实有资本的减少并实际返还给股东的情况，而只是名义上减少了公司注册资本的数额，因此也称为减资弥补亏损。我国公司立法采取了统一对待的态度，并没有区别实质减资和形式减资。

二、企业减资、撤资的企业所得税问题——以国税总局公告 2011 年第 34 号为中心

在《国家税务总局关于企业所得税若干问题的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 34 号，下称“34 号公告”）出台之前，税法并没有明确规定投资企业撤资、减资收回投资时是否可以扣减留存收益（未分配利润和盈余公积）等问题，而 34 号公告则明确规定比照企业清算的规则处理。34 号公告第五条“投资企业撤回或减少投资的税务处理”规定：“投资企业从被投资企业撤回或减少投资，其取得的资产中，相当于初始出资的部分，应确认为投资收回；相当于被投资企业累计未分配利润和累计盈余公积按减少实收资本比例计算的部分，应确认为股息所得；其余部分确认为投资资产转让所得。被投资企业发生的经营亏损，由被投资企业按规定结转弥补；投资企业不得调整减低其投资成本，也不得将其确认为投资损失。”

尽管 34 号公告第五条言简意赅，但其却包含了很丰富的内涵。主要包括如下几个实务疑难问题：

（一）投资企业减资或撤资应税所得的计算顺序

34 号公告明确将投资企业在撤回或减少投资中从被投资企业所取得的资产划分为如下三个部分：

一是，相当于初始出资的部分，应确认为投资收回；

二是，相当于被投资企业累计未分配利润和累计盈余公积按减少实收资本比例计算的部分，应确认为股息所得；

三是，其余部分确认为投资资产转让所得，即财产（股权）转让收益。

但是，34 号公告仅仅是将取得资产进行了划分，所得税处理是否就应当按照上述顺序来进行扣除计算呢？实践中存在争议。主要存在如下两种观点：

观点一：按照 34 号公告的字面描述顺序理解，其扣除计算的顺序为投资成

本、股息所得和转让所得。该观点的理由是，由于我国《公司法》属于法定资本制度，应该首先减少注册资本（投资成本）的金额，差额部分属于实现的股权转让所得，但为了避免经济性重复征税，对于按照比例享有的留存收益的份额部分给予居民企业之间的免税股息待遇，扣除免税股息之后的剩余部分视为股权转让所得。同时，我国对减资或撤资的会计处理的顺序也是先冲减实收资本，再调整资本公积（若有），最后调整留存收益，这样税务处理和会计处理的顺序将保持一致。

观点二：按照英美税法企业分配的一般原理，应遵循股息所得、投资成本以及转让所得的顺序进行扣除计算。理由在于，企业减资或撤资分配也属于企业分配，而企业分配的顺序是按股息所得、投资成本和转让所得的计算顺序。如果不采这样的顺序，将导致出现两个问题：一是，先扣除投资成本可能导致剩余分配金额未超过按比例计算的留存收益金额，从而导致投资者不能全额享受其应该享受的免税股息待遇；二是，这样的分配扣除顺序完全可以通过先分配再减资的方式来进行规避。

在《国家税务总局关于发布〈中华人民共和国企业所得税年度纳税申报表（A类，2014年版）〉的公告》（国家税务总局公告2014年第63号，下称“63号公告”）以及《国家税务总局所得税司关于企业所得税年度纳税申报表部分填报口径的通知》（税总所便函［2015］21号，下称“21号函”）出台之后，该问题以纳税申报表的方式予以了明确。让我们以下例来进行说明：

【例31－1】投资人从被投资企业撤回或减少投资确认金额

假定，甲公司成立于2010年，注册资本1000万元。2013年，A公司投资1000万元对甲公司增资。增资后，A公司持有甲公司40%股权，其中投资额中的400万元计入实收资本，600万元计入资本公积（溢价）。2015年5月，A公司从甲公司减少其投资的一半（20%股权比例），取得减资资产900万元，甲公司注册资本减少200万元。减资时甲公司净资产4500万元。其中，实收资本1000万元，资本公积（溢价）1000万元，盈余公积1000万元，未分配利润1500万元。

问题：A公司从甲公司减资时如何进行所得税处理？

【解析】根据63号公告和21号函的规定，A公司纳税申报表之“《符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益优惠明细表》（A107011）”（填报说明乃笔者添加）填报如下：

投资成本3	投资比例4	…	撤回或减少投资确认金额					
			从被投资企业撤回或减少投资取得的资产10	减少投资比例11	收回初始投资成本12	取得资产中超过收回初始投资成本部分13	撤回或减少投资应享有被投资企业累计未分配利润和累计盈余公积14	应确认的股息所得15
填报纳税人投资于被投资企业的计税成本	填报纳税人投资于被投资企业的股权比例；若购买公开发行股票的，此列可不填报		填报纳税人从被投资企业撤回或减少投资时取得的资产	填报纳税人撤回或减少的投资额占投资方在被投资企业持有总投资比例	填报第3×11列的金额	填报第10－12列的金额	填报被投资企业累计未分配利润和累计盈余公积按减少实收资本比例计算的部分	填报第13列与第14列孰小数
1000	40%	…	900	50%	500	400	300	300

从上表中，我们可以看出：

1. 表A107011已经明确了投资人从被投资企业减资或撤资时应税所得确定的扣除计算顺序。即，先扣除“收回初始投资成本”（第12列），再计算“取得资产中超过收回初始投资成本部分”（第13列＝第3列×第11列），计算“撤回或减少投资应享有被投资企业累计未分配利润和累计盈余公积”（第14列），最后比较第13列与第14列采“孰小”原则填列；

此时，由于扣除初始投资成本的余额为400万元，但计算得出的可享受的免税股息金额为300万元，则股权转让所得为100万元。

2. 让我们做进一步的扩展讨论。假定，A公司在减资中分配的资产金额为700万元，其他数据不变化。则，我们可以发现，第13列为200万元，第14列应填报200万元。此时，A公司如果不减资的话，本应充分享受的免税股息300万元仅仅只享受了200万元，剩余的100万元并没有得到享受。如果甲公司先对其股东作出股息分配的话，则A公司将获得300万元的免税股息，随后再按照400万元进行减资，A公司将确认股权转让损失100万元，与前述方式的不同在于，A公司在减资分配中不但不纳税，反而获得了100万元的可申请抵扣损失。这也是赞同观点二的理由之一，即可以通过先分配后减资来将观点一进行规避。如果我们采用前述观点二来进行处理。则：A公司分得的700万元，先扣除免

税股息300万元，剩余400万元抵减初始投资成本之后，A公司将确认100万元的投资损失。其结果与先分配后减资的结果是一致的。

通过上例分析，我们可以得出结论，34号公告没有明确的扣除计算顺序问题已经在63号公告和21号函下得以明确。那么，为什么要采用前述观点一来处理呢？除了观点一所述的理由之外，笔者认为最重要的原因还在于，减资或撤资的实质相当于被投资企业以资产分配金额回购或购买了投资者持有的自身的股权（份），与正常情况下企业的利润分配并不相同。因此，减资或撤资资产分配金额与该股权（份）的计税基础（投资成本）之间的差额部分即是回购交易实现的股权转让所得。该实现的所得部分中可归属于股息的部分，出于避免经济性重复征税的原因将给予免税股息待遇，但给予的总额不得超过实现的股权转让所得总额。但是，这引发了如下的一个实务问题的探讨：

【疑难问题31－1】[①] 减资或撤资分配顺序为什么与有关企业清算的60号文规定的清算顺序并不一致呢？

根据60号文第五条第二款规定："被清算企业的股东分得的剩余资产的金额，其中相当于被清算企业累计未分配利润和累计盈余公积中按该股东所占股份比例计算的部分，应确认为股息所得；剩余资产减除股息所得后的余额，超过或低于股东投资成本的部分，应确认为股东的投资转让所得或损失。"

从以上规定可以看出，在被投资企业清算分配时，投资者取得的清算资产，按照免税股息、投资成本、股权转让所得或损失的顺序来计算确定，显然与股东减资、撤资正好相反。从实质上看，被投资企业清算属于全体投资者撤资的情形，都属于被投资企业回购其投资者持有自身股权（份）的交易。既然如此，为什么税法要这样不同规定呢？笔者认为，可能的原因在于，清算业务中，被投资企业主体解散注销，纳税主体消亡，需要将企业的留存收益免税股息部分充分地予以享受，然后再考虑投资人是否存在投资所得或损失。而在减资或撤资中，被投资企业纳税主体依然存续，即使某个投资者在减资或撤资中并没有充分享受其相应的免税股息，但基于股权（份）回购的事实，应仅在股权转让所得实现部分（减资资产金额减去初始投资成本）范围来享受免税股息待遇，这可能是基于不同的税务考量的结果。国家税务总局应解释明确其考量依据为妥。

---

① 笔者注：有关企业清算的所得税规则60号文的相关内容，请读者参阅"专题33：企业清算的税务问题"。

（二）投资者股权（份）的计税基础的确定

这个问题应该讲并无争议。根据《企业所得税法》确定的计税基础或计税成本确定的“历史成本原则”来进行处理。我们知道，资本公积包含资本（股本）溢价和其他资本公积两个部分。前者是由于投资者在投资时除注册资本之外的投入部分（“准资本”），在税法上应当将其视为投资者的“初始出资”处理。但对于后者，按照2014年修订后的《长期股权投资准则》及其应用指南、《财务报表列报准则》及其应用指南的规定，目前仅仅核算“重新计量设定受益计划净负债或净资产导致的变动和按照权益法核算的在被投资单位以后会计期间不能重分类进损益的其他综合收益中所享有的份额”，即先计入“其他综合收益”，再重分类为权益（其他资本公积）。因此，资本公积（其他资本公积）不能重分类为损益的部分，不得计入撤回或减资的投资者的财产收益或股息所得。但计入其他综合损益重分类为损益的部分已经计入被投资单位留存收益，在适用34号公告时亦不会产生争议。

（三）如何理解“按减少实收资本比例”扣减留存收益？

依据34号公告的规定，“相当于被投资企业累计未分配利润和累计盈余公积按减少实收资本比例计算的部分，应确认为股息所得”。那么，为什么规定“按减少实收资本比例”来确认股息所得呢？笔者认为，主要有如下两个原因：

1. 股东享有的留存收益的部分只能按照减少的实收资本比例来计算，因为实收资本反映的是股东对被投资企业实际投入的投资成本，相应地享有对应的留存收益部分，而不能按照公司章程约定的注册资本比例来进行计算；同时，在2014年《公司法》下，公司资本改实缴登记管理制度为认缴登记管理制度，公司股东可以在任意时间、任意方式缴付公司出资，这就决定了注册资本和实缴资本的分离可能是很严重的，如果不按照实收资本而按照注册资本进行计算，将对那些已实际缴付的股东而言是不公平的；

2. 尽管《公司法》规定，企业章程可以规定投资者不按照出资比例分红。但是，为了使得政策更加具有刚性，34号公告明确必须“按减少实收资本比例”来扣减留存收益。

因此，有关投资资产转让所得的计算公式如下：

投资资产转让所得＝减资或撤资分配额－（累计未分配利润＋累计盈余公积）×（减少的实收资本金额÷实收资本总额）－初始投资额×（减少的实收资本金额÷实收资本总额）

（四）投资者投资前的企业留存收益是否纳入股息所得的计算？

在实务中，投资者很可能属于企业成立之后通过收购或增资的方式成为企业的股东的，那么，如果该投资者以后减资或撤资计算股息所得时，是否可以将其收购或增资前的企业的留存收益归属于它的份额部分纳入股息所得的计算呢？在实务中，主要存在两种观点：

观点一：34 号公告规定的累计留存收益按减少实收资本比例计算的部分不包括投资前留存收益中归属于投资者的份额部分。实践中，某些税务机关也是持此种观点。其理由是，收购或投资前的留存收益并不应由后来加入的投资者享有，因为这些留存收益是在它未投资时产生的，只能归属于以前的投资者；

观点二：与观点一正好相反，计算股息所得时既包含投资前的留存收益部分，也包括投资后的留存收益部分。其理由在于，投资者不论是股权收购或增资，被投资企业的投资前的留存收益部分已经被考虑在股权收购价款或增资价款中了，也就是说，新的投资者投资时属于“溢价”投入，并反映在股权比例的计算中，所以其投资后当然应该享有投资前的留存收益部分。同时，《企业会计准则解释第 3 号》第一条“采用成本法核算的长期股权投资，投资企业取得被投资单位宣告发放的现金股利或利润，应当如何进行会计处理？答：采用成本法核算的长期股权投资，除取得投资时实际支付的价款或对价中包含的已宣告但尚未发放的现金股利或利润外，投资企业应当按照享有被投资单位宣告发放的现金股利或利润确认投资收益，不再划分是否属于投资前和投资后被投资单位实现的净利润”的规定改变了原《长期股权投资准则》（2006）的相关规定亦印证了这一点。

笔者赞同观点二。为说明该观点，让我们以一个案例来进行分析：

【例 31－2】被投资企业归属于投资者投资前留存收益部分是否应确认为该投资者减资或撤资时的免税股息？

假定，A 公司投资 100 万设立了甲公司。经过两年经营后，甲公司净资产 200 万，其中注册资本 100 万，留存收益 100 万。此时，B 公司对甲公司增资，按照净资产的账面价值确定股权比例，则 B 公司投入 200 万，取得了甲公司的 50% 股权，增资后甲公司净资产为 400 万，其中注册资本 200 万，资本公积（溢价）100 万，留存收益 100 万。此时，A 公司和 B 公司按照各自 50% 股权比例各自分享留存收益 50 万。那么，为什么 B 公司可以分享投资前的留存收益呢？因为它溢价投入时在计算股权比例时已经考虑该部分留存收益，因为其投入了 200 万仅仅持股 50%，溢价投入的 100 万正好与投资前的留存收益部分相

等。所以，如果B公司不能分享投资前的100万留存收益的话，则它不会溢价投入，也不会仅仅享有50%的股权。

三、企业减资、撤资的个人所得税问题——以国税总局公告2014年第67号为中心

对于个人投资者而言，与企业投资者减资或撤资的税务处理规定并不相同。其主要的规定包括《股权转让所得个人所得税管理办法（试行)》(国家税务总局公告2014年第67号，下称“67号公告”）和《国家税务总局关于个人终止投资经营收回款项征收个人所得税问题的公告》(国家税务总局公告［2011］41号，下称“41号公告”)。[①]

（一）个人减资、撤资的个人所得税处理——视同对被投资企业的股权转让

根据67号公告第二条规定：“本办法所称股权是指自然人股东（以下简称个人）投资于在中国境内成立的企业或组织（以下统称被投资企业，不包括个人独资企业和合伙企业）的股权或股份。”第三条规定：“本办法所称股权转让是指个人将股权转让给其他个人或法人的行为，包括以下情形：……（二）公司回购股权；……”从前述规定可以看出：第一，67号公告明确将个人独资企业和合伙企业排除在适用范围之外，其适用于个人投资形式的股权转让交易的个人所得税税务处理；第二，67号公告的股权转让属于广义的股权转让，它明确将公司回购股权视为股权转让。从公司法原理来看，公司回购股权（份）的实质是，公司以财产（现金、其他非现金财产等）作为对价收购股东持有的公司的股权（份)，视为股东将其持有的公司股权（份）作价转让给公司，交易的主体是公司与公司的股东之间。此时，对于个人股东，税务处理按照67号文处理；对于企业股东，则按照34号公告处理。

（二）视同股权转让所得的确定

对于个人股东减资、撤资中视同股权转让所得如何确定实质需要从两个方面来确定：一是，股权转让收入的确定；二是，股权转让原值的确定。

1. 股权转让收入的确定

67号公告第七条规定：“股权转让收入是指转让方因股权转让而获得的现

---

① 笔者注：需要注意的是，41号公告援引的国税函［2009］285号文已经被67号公告所废止，属于部分条款失效的文件。

金、实物、有价证券和其他形式的经济利益。”第八条规定：“转让方取得与股权转让相关的各种款项，包括违约金、补偿金以及其他名目的款项、资产、权益等，均应当并入股权转让收入。”第九条规定：“纳税人按照合同约定，在满足约定条件后取得的后续收入，应当作为股权转让收入。”

上述第七条规定的是股权转让价款，第九条规定的是后续价款。第八条实际规定的是价外费用，但股权转让与销售货物或提供增值税或营业税应税劳务不同，后者常发生的如代收款、集资费、运输费、包装费、储备费等费用不可能出现在股权转让交易之中，因此第八条仅仅列举了常见的“违约金、补偿金”两种形式，并以“其他名目的款项、资产、权益等”进行兜底。

需要注意的是，在个人减资、撤资适用上述规定时，一般不会出现违约金、补偿金等价外费用，因为这些项目通常在股权转让交易中才会出现。

2. 股权原值的确定

67 号文第十五条规定：“个人转让股权的原值依照以下方法确认：（一）以现金出资方式取得的股权，按照实际支付的价款与取得股权直接相关的合理税费之和确认股权原值；（二）以非货币性资产出资方式取得的股权，按照税务机关认可或核定的投资入股时非货币性资产价格与取得股权直接相关的合理税费之和确认股权原值；（三）通过无偿让渡方式取得股权，具备本办法第十三条第二项所列情形的，按取得股权发生的合理税费与原持有人的股权原值之和确认股权原值；（四）被投资企业以资本公积、盈余公积、未分配利润转增股本，个人股东已依法缴纳个人所得税的，以转增额和相关税费之和确认其新转增股本的股权原值；（五）除以上情形外，由主管税务机关按照避免重复征收个人所得税的原则合理确认股权原值。”因此，个人在减资、撤资时计算的股权的原值应分别依上述情形来予以确定。

3. 股权转让所得的确定

根据《个人所得税法》及其实施条例的相关规定，既然 67 号公告将公司回购股权视为股权转让，则个人股东在减资、撤资中确认的所得应视为其将持有的被投资企业的股权转让给被投资企业取得所得，应按照股权转让收入减去股权的原值确定。

【疑难问题 31－2】个人股东减资、撤资时，计算股权转让所得不应扣除相应的留存收益部分

需要注意的是，与 34 号公告规定不同，在确定个人股权转让所得时，并不能将其对应的应享有的被投资企业的留存收益部分视为免税股息予以扣除。譬

如，个人股东 A 持有甲公司 20% 的股权，在从甲公司撤资时，取得了甲公司分配的现金 100 万元，其取得股权的原值为 50 万元。减资时，A 应享有的甲公司留存收益的份额为 40 万元。则，A 公司撤资确定的所得为 50 万元（100－50）而不是 10 万元（100－50－40）。

（三）个人终止投资经营个人所得税问题

在 67 号公告之前，国家税务总局还于 2011 年 7 月 25 日颁布了 41 号公告。根据 41 号公告第一条的规定："个人因各种原因终止投资、联营、经营合作等行为，从被投资企业或合作项目、被投资企业的其他投资者以及合作项目的经营合作人取得股权转让收入、违约金、补偿金、赔偿金及以其他名目收回的款项等，均属于个人所得税应税收入，应按照'财产转让所得'项目适用的规定计算缴纳个人所得税。……应纳税所得额＝个人取得的股权转让收入、违约金、补偿金、赔偿金及以其他名目收回款项合计数－原实际出资额（投入额）及相关税费。"我们可以对比发现，对于个人终止投资于被投资企业的个人所得税政策，41 号公告和 67 号公告的规定实质是一致的，并无区别，只不过后者更详尽并具有实践指导价值。但需要注意的是，41 号公告还适用于个人从"合作项目、被投资企业的其他投资者以及合作项目的经营合作人"取得收入的情形。

四、减资弥补亏损的所得税问题——理论与实践

除了前述的正常的资本过剩而进行减资之外，实务中还存在另外一种特殊性的减资行为，即"减资弥补亏损"。所谓减资弥补亏损是指企业通过减少注册资本的方式去弥补企业发生的亏损，从而使得企业的未分配利润从负到正的一种行为，一般发生在 ST 上市公司为了避免被停牌而进行的交易。这种交易实质就是我们通常意义上所说的"名义减资"，股东在这样的交易中并没有真实收到任何减资资产。

（一）减资弥补亏损的会计处理

对于减资弥补亏损，我国会计法规以及会计准则并没有明确规定如何进行处理。在实务中，有关投资者的会计处理通常为借"投资收益"科目，贷"长期股权投资"科目。原计入"资本公积"科目的金额，在处置时亦应进行相应结转。对于被投资企业，通常处理为借"实收资本（股本）"，贷"利润分配——未分配利润"。

尽管如此，笔者认为减资弥补亏损本质上还是先有减资行为，属于股权

（份）的回购行为，即是说会计上的回购权益工具，不应该影响公司的损益，即是说不应该影响未分配利润（经营成果），从这个意义上讲，应该是借：“实收资本（股本）”，贷：“资本公积（资本或股本溢价）”。因此，无论如何从理论上讲，都不应该计入“利润分配——未分配利润”。

（二）减资弥补亏损的税务处理

与实质减资的税务处理明确按照34号公告处理不同，在实践中，对于减资弥补亏损的税务如何处理则处在很大的争议。

从目前来看，国家层面的税收规章、规范性文件并没有对减资弥补亏损的明确的规定。但各级税务机关对有关问题的回答提供了一些倾向性的意见。参见下表31－1：

表31－1：减资弥补亏损的税务处理问题答复

法规/解答及具体规定/解答内容	简要点评
国家税务总局2010年12月28日网上回复： 问：我公司是一家外商投资企业，现为改善公司财务结构，拟减少公司实收资本4000万元，此减资额不汇给股东，直接用来弥补以前年度累积亏损，账务处理如下：借：实收资本4000万 贷：未分配利润4000万。请问，该事项是否应调增当年度应纳税所得额？ 答：上述事项可以理解为你公司减资后将款项归还给股东，股东再以同样的款项捐赠给你公司用以弥补亏损，根据《企业所得税法》第六条第八款规定：“企业以货币形式和非货币形式从各种来源取得的收入，为收入总额，其中第八款为接受捐赠收入。”因此应调增当年度应纳税所得额。	该回复意见将减资弥补亏损视为公司减资后将款项归还给股东，股东再捐赠给公司用以弥补亏损。这即是我们通常所说的“捐赠说”。
重庆市国家税务局2009年1月9日网上回复： 问：企业因严重亏损而减资在税务上应如何处理？ 答：按照《中华人民共和国公司法》规定，公司需要减少注册资本时应符合以下条件：1. 公司减资，应事先通知所有债权人，债权人无异议，方允许减资；2. 经股东会决议同意，并修改公司章程；3. 公司减资后的注册资本不得低于法定注册资本的最低限额。 企业因严重亏损而减资的会计处理为：借记“实收资本”或“股本”，贷记“利润分配—未分配利润”，金额为因严重亏损而减少的资本或股本数。 税务方面没有特殊规定，但变更注册资本属于应作税务登记变更的事项，所以企业减少注册资本要到工商部门办理变更登记，并到税务部门办理变更税务登记。	该回复意见实质是认为减资弥补亏损仅仅属于注册资本的变更登记，并不需要进行纳税调增处理。

上述答复意见实际代表了现实中对减资弥补亏损税务处理的两种主流观点：

观点一：公司减资并弥补亏损可以视为公司减资后将款项归还给股东，股东再以同样的款项捐赠给公司用以弥补亏损，根据《企业所得税法》第六条第八款规定，企业以货币形式和非货币形式从各种来源取得的收入，为收入总额，其中第八款为接受捐赠收入。因此应调增当年度应纳税所得额。

观点二：公司减资并弥补亏损在会计处理上仅仅属于所有者权益内部科目的结转，股东实际没有收回任何资金，也不可能存在将减少的资本捐赠给被投资企业一说，因此，股东不需要作为捐赠支出进行纳税调整，而被投资公司也不需要确认捐赠收入。它只需要因注册资本的减少做相应的税务登记变更手续即可。

笔者赞同减资弥补亏损税务处理上不做纳税调整处理，但对其会计处理和税法原理尚存不同意见。主要包括如下几点：

第一，从公司法原理及其规定来分析，减资弥补亏损业务首先是公司减资，既然属于减资，公司就应该向股东分配财产，但减资弥补亏损的公司一般并没有足够的可分配财产用于减资，只能推定理解为公司将减资财产分配给股东，股东随后再立即投入到公司中；

第二，从会计处理来看，如前所述，减资弥补亏损本身上还是要减资，既然是减资则意味着公司回购股东持有的自身股权（份），这属于公司回购权益工具，不应该影响公司的损益，因为这并不属于公司正常经营成果或业绩的体现，不应计入未分配利润，应计入资本公积（溢价）。此外，如果推定股东再将该等财产交付给公司用于弥补亏损，我们可以发现，此时，不论是股东采取资本投入或是捐赠来看，前者应计入资本公积（溢价），而后者将计入营业外收入，并最终转入未分配利润。① 如果是这样，“捐赠说”更为与会计处理相匹配。但笔者认为从回购权益工具来解释更符合实质；

第三，从税务处理来分析，基于前述的“先减资分配再投入”的推定假设，尽管从形式上，股东已经收到了减资资产应计入应纳税所得额，但从“经济实质”理论来考虑，股东在减资弥补亏损业务中并没有真实地收到任何资产或资金，从最终结果来看亦是如此，从本质来看与实质减资明显不同。因此，从实质来看，税务处理在采用“交易分解”理论的同时亦采“经济实质”理论来对待税务处理。即是说，不应视为公司接受投入或捐赠并进行纳税调整。

---

① 笔者注：根据2006企业会计准则应用指南附录《会计科目和主要账务处理》对“资本公积”和“营业外收入”的规定，“资本公积”科目核算的内容不再包含捐赠资产价值。同时，“营业外收入”科目设置了“捐赠利得”的明细科目，说明2006年会计准则规定将企业接受捐赠资产的价值作为“捐赠利得”直接计入“营业外收入”。

下面笔者以一个上市公司缩股减资弥补亏损的案例来结束本部分的讨论：

【例 31－3】[①]“闽灿坤 B”（200512）缩股减资弥补亏损案的财税处理

2012 年 6 月 28 日，深圳证券交易所（以下简称“深交所”）修改退市制度，其中“仅发行 B 股的上市公司连续 20 个交易日（不含停牌交易日）每日 B 股股票收盘价均低于每股面值的，其 B 股股票将直接终止上市”。厦门灿坤实业股份有限公司（以下简称“闽灿坤 B”）系深交所 B 股上市公司，主营业务为开发、生产家用电器、电子、轻工产品等。新的退市制度实施后，闽灿坤 B 连续 18 个交易日股价低于面值，濒临退市边缘而于 2012 年 8 月 2 日申请停牌。就在闽灿坤 B 被市场预期成为“B 股退市第一股”后，深交所鼓励纯 B 股公司通过大股东增持、公司回购、缩股等方式，维持上市地位；另一方面支持公司选择自愿退市。2012 年 8 月 24 日，闽灿坤 B 董事会审议通过关于公司实施缩股的方案，拟以现有股本按 6：1 的比例对全体股东进行缩股。方案实施后，公司总股本为 185, 391, 680 股，每股面值仍为 1 元。[②] 本文关注的不是 B 股市场改革的问题，而是闽灿坤 B 本身“缩股减资”财税处理的问题。让我们来看该案的基本情况：

一、公司的基本情况

截至 2012 年 8 月 24 日，闽灿坤 B 的总股本为 1, 112, 350, 077 股，均为境内上市外资股（B 股），面值为人民币 1 元/股。其中：公司于 1993 年上市时的股本为人民币 148, 000, 000 股（包括发起人股及社会公众股，以下简称“原始股本”），占总股本的 13. 3%；上市后经历年资本公积、盈余公积和未利润分配增加的股本为 964, 350, 077 股，其中，资本公积转增 29, 600, 000 股，占总股本的 2. 7%，盈余公积及未分配利润送股 934, 750, 077 股，占总股本的 84. 0%。

二、缩股方案

闽灿坤 B 拟以现有总股本 1, 112, 350, 077 股为基数，按 6：1 的比例对实施缩股方案股权登记日登记在册的全体股东进行缩股。缩股后，共计减少股本 926, 958, 397 股，其中：原始股本减少 123, 333, 333 股，资本公积转增股本减少 24, 666, 667 股，盈余公积送股减少 778, 958, 397 股。前述缩股方案实施后，闽灿坤 B 的总股本减少为 185, 391, 680 股，每股面值仍为人民币 1 元。

三、相关账务处理

根据披露，闽灿坤 B 的账务处理如下：

---

① 参见《公司并购重组原理、实务及疑难问题诠释》，雷霆著，中国法制出版社，2015 年 5 月第 2 版，第 130－136 页。笔者重新做了改写。

② 参见《厦门灿坤实业股份有限公司关于公司拟实施缩股方案的公告》（2012 年 8 月 25 日）。

1. 根据公司法的规定，资本溢价部分计入资本公积，因此，对于本次缩股涉及的原始股本减少部分计入资本公积，共计 123, 333, 333 元，本次缩股涉及的资本公积转增股本减少部分计入资本公积，共计 24, 666, 667 元，两项合计计入资本公积 148, 000, 000 元。

2. 对于本次缩股涉及的盈余公积及未分配利润送股减少部分，共计 778, 958, 397 元，计入盈余公积。

3. 截至 2011 年 12 月 31 日，公司累积亏损为 774, 615, 136. 23 元。实施缩股后，公司盈余公积中用于弥补累积亏损为 774, 615, 136. 23 元，剩余盈余公积为 4, 343, 260. 77 元。

上述缩股减资及以盈余公积弥补累计亏损后，公司总股本将减少至 185, 391, 680 股（元），总资产、负债、所有者权益、净利润等财务指标不会因缩股而发生变化，但每股净资产和每股收益会增加。

【解析】 1. "闽灿坤 B" 缩股减资及弥补亏损的账务处理评析——"逆向处理法"

根据闽灿坤 B 的披露，我们可以知道，有关账务处理如下表：[①]

项目	原始股本	转增股本		总股本
		资本公积转股	留存收益送股	
缩股前股本	148, 000, 000	29, 600, 000	934, 750, 077	1, 112, 350, 077
占股比例	13. 31%	2. 66%	84. 03%	100. 00%
缩股后股本	24, 666, 667	4, 933, 333	155, 791, 679. 50	185, 391, 680
减少股本	123, 333, 333	24, 666, 667	778, 958, 397. 50	926, 958, 397
账务处理	借：股本 123, 333, 333 贷：资本公积－股本溢价 123, 333, 333	借：股本 24, 666, 667 贷：资本公积－股本溢价 24, 666, 667	借：股本 778, 958, 397. 50 贷：盈余公积 778, 958, 397. 50 借：盈余公积 774, 615, 136. 23 贷：利润分配——未分配利润 774, 615, 136. 23	——

① 笔者根据《厦门灿坤实业股份有限公司关于公司拟实施缩股方案的公告》（2012 年 8 月 25 日）披露内容整理。

续　表

账务处理后结果	资本公积（股本溢价）合计增加 148, 000, 000 元	盈余公积增加 4, 343, 261. 27 元；利润分配（未分配利润）增加 774, 615, 136. 23 元	股本减少 926, 958, 397 元

对于上述账务处理，笔者分析如下：

闽灿坤 B 的账务处理区别原始股本、转增股本（资本公积转股）和转增股本（留存收益送股）分别进行处理，即借记“股本”，分别贷记“资本公积(股本溢价)”[①] 和“盈余公积”。在利用盈余公积补亏时，借记“盈余公积”，贷记“利润分配（未分配利润)”。笔者发现，这种方式的账务处理实质是“资本公积转股”和“留存收益送股”的“逆向处理”，即将原“转送股”的资本公积和留存收益在缩股减资范围内又恢复到以前之状况。因此，资本公积转股所增加的股本的减少恢复到“资本公积（股本溢价)”中，并没有抵减“未分配利润”，并不违反《监管指引第 1 号》有关“上市公司不得采用资本公积金转增股本同时缩股以弥补公司亏损的方式规避上述规定”的规定。

尽管目前法律法规未直接规定减资所减少的注册资本如何处理，但通行的账务处理为借记“股本”，贷记“利润分配（未分配利润)”。闽灿坤 B 的账务处理值得“玩味”的是——股本中的原始股本和转增股本（资本公积转股）并没有进入“利润分配（未分配利润)”科目，而是进入到“资本公积（股本溢价)”科目。然而，按照财政部《企业会计准则——应用指南》规定“资本公积”科目的核算内容包括两个部分：一是企业收到投资者出资额超出其在注册资本或股本中所占份额的部分；二是直接计入所有者权益的利得和损失。无论哪种情况，似乎都不适用于减资时将减少的资本恢复到资本公积科目中。但是，在闽灿坤 B 案中，闽灿坤 B 的累计可弥补亏损仅有 774, 615, 136. 23 元，缩股减资用于弥补亏损（“名义减资”）后缩股减资额 926, 958, 397. 50 元还剩余 152, 343, 261. 27 元，这部分减资金额又不能视为“实质减资”进行处理（因为并没有实际返还给股东资本），所以只能够采取“逆向处理”的方式进入“资本公积（股本溢价)”。即，以原盈余公积转增股本部分为限去弥补亏损，若有剩余则计入“盈余公积”科目，若不足以弥补，则再用股本中剩余的金额去弥

---

① 参见《厦门灿坤实业股份有限公司审计报告（2012 年度)》(2013 年 3 月 12 日)，第 11 页。

补，弥补完剩余的金额计入“资本公积（股本溢价)”科目。

综上所述，在目前我国会计原则和法规的情形下，笔者认为，闽灿坤 B 针对缩股减资的账务处理似乎不失为一种可以采用的账务处理方式。

2.“闽灿坤 B”缩股减资及弥补亏损的所得税税务处理

与通常情况下公司的撤资、减资的税务处理不同，对于公司缩股减资，我国税法并没有明确的规定。在实践中，存在两种不同的观点：

观点一：公司缩股减资并弥补亏损可以视为公司减资后将款项归还给股东，股东再以同样的款项捐赠给公司用以弥补亏损，根据《企业所得税法》第六条第八款规定，企业以货币形式和非货币形式从各种来源取得的收入，为收入总额，其中第八款为接受捐赠收入。因此应调增当年度应纳税所得额。

观点二：公司缩股减资并弥补亏损仅仅属于所有者权益内部科目的结转，股东实际没有收回任何资金，也不可能存在将减少的资本捐赠给被投资企业一说，因此，股东不需要作为捐赠支出进行纳税调整，而被投资公司也不需要确认捐赠收入。它只需要因注册资本的减少做相应的税务登记变更手续即可。

笔者赞同观点二，因为人为地将减资弥补亏损假想为归还和捐赠显得过于牵强。同时，核心的是股东并没有收到任何资金，这与实质减资明显不同。

五、企业减资、撤资的其他税务问题

企业减资、撤资除涉及所得税之外，当企业以非货币性资产返还投资时还可能涉及增值税、营改增、土地增值税、契税、印花税等其他税种，介绍如下：

（一）增值税

根据《增值税暂行条例实施细则》第三条规定：“条例第一条所称销售货物，是指有偿转让货物的所有权。”因此，企业以材料、设备、固定资产等减资回购股东持有的企业的股份的行为应该缴纳增值税。

（二）营改增

在营改增之前（2016 年 5 月 1 日之前)，根据《营业税暂行条例实施细则》第三条规定：“条例第一条所称提供条例规定的劳务、转让无形资产或者销售不动产，是指有偿提供条例规定的劳务、有偿转让无形资产或者有偿转让不动产所有权的行为（以下称应税行为)。前款所称有偿，是指取得货币、货物或者其他经济利益。”因此，企业以不动产、无形资产等减资回购股东持有的企业的股份的行为应该缴纳营业税。

在营改增之后（2016 年 5 月 1 日后），根据 36 号文的有关规定，企业减资或撤资分配不动产、无形资产的，视为销售不动产和无形资产处理，依法缴纳增值税，给予免税或不征政策的除外。有关内容，请读者参阅本书前文有关内容，不再赘述。

（三）土地增值税

根据《土地增值税暂行条例实施细则》第二条规定："条例第二条所称的转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物并取得收入，是指以出售或者其他方式有偿转让房地产的行为。不包括以继承、赠与方式无偿转让房地产的行为。"因此，企业以房地产减资回购股东持有的企业的股份的行为应该缴纳土地增值税。

（四）契税

关于企业以房地产进行减资回购时涉及的契税问题，如上所述，视同为有偿转让房地产，接受房地产的股东依法缴纳契税。

（五）印花税

企业以不动产、无形资产等减资回购股份的，对产权转移书据征收印花税。

专题 32：股份公司股份回购及库存股的所得税问题

内容概览

在上一专题，笔者讨论了公司减资或撤资的税务问题，但根据我国《公司法》的相关规定，股份有限公司还存在一种特殊形式的股份回购交易并可能形成库存股，那么对于库存股的税务处理又是如何的呢？这正是本专题要讨论的问题。本专题包含如下内容：

■《公司法》对股份回购及库存股的规定

■ 股份回购及库存股的会计处理方法——成本法和面值法

■ 股份回购及库存股的税务处理问题——基于实质重于形式原则的应用

一、《公司法》对股份回购及库存股的规定

根据我国公司法规定，对于有限责任公司，股权回购通常表现为实收资本的减少或称为“公司减资”，适用《公司法》第九章有关减资的规定；对于股份有限公司，《公司法》则明确提出了股份回购的概念。

依据 2014 年《公司法》第一百四十二条的规定：“公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：（一）减少公司注册资本；（二）与持有本公司股份的其他公司合并；（三）将股份奖励给本公司职工；（四）股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的。公司因前款第（一）项至第（三）项的原因收购本公司股份的，应当经股东大会决议。公司依照前款规定收购本公司股份后，属于第（一）项情形的，应当自收购之日起十日内注销；属于第（二）项、第（四）项情形的，应当在六个月内转让或者注销。公司依照第一款第（三）项规定收购的本公司股份，不得超过本公司已发行股份总额的百分之五；用于收购的资金应当从公司的税后利润中支出；所收购的股份应当在一年内转让给职工。公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。”

从该条规定可以看出：（1）在该条规定的四种特定情形下，公司可以回购股份［第（一）至（三）项］或者股东可以要求公司回购其股份［第（四）项］；（2）允许公司设立库存股。对于第（二）、（四）项情形，应当在六个月内转让或者注销；对于第（三）项情形，应当在一年内转让给职工；（3）回购资金来源有所不同。《公司法》虽然对第（一）、（二）和（四）种情形的回购所用资金未作规定，但对第（三）种情形的回购所用资金的来源做了专门规定——“用于收购的资金应当从公司的税后利润中支出”，这意味着以奖励给本公司职工为目的的股份回购其资金来源只限定于公司的税后利润，公司没有税后利润就不能进行以奖励给本公司职工为目的的股份回购。

二、股份回购及库存股的会计处理方法——成本法和面值法

对于库存股的会计处理，在理论和实践中主要存在两种方法：一是，库存股的成本法，又称为“一笔交易观”，即把库存股份的购买和之后的处置或销售视为一笔交易而非两笔交易；二是，库存股的面值法，又称为“两笔交易观”，即将库存股的购入和处置或销售视为完全独立和无关的两笔交易。

对于库存股，在会计处理上，我国采用成本法核算。在成本法下，当公司回购发行在外的股份时，应按库存股份的购买成本借记“库存股”科目，按实际支付的价款贷记“银行存款”等科目。出售库存股份的价格超过取得成本时，超出额应贷记“资本公积”，而不能确认为损益，如果出售价格低于取得成本，亏损额应首先作为原溢价发行时产生的资本公积的减项，如果资本公积的溢价部分不足以弥补该亏损额，则不足额应作为留存收益的减项，依次借记“盈余公积”、“利润分配——未分配利润”等科目。如果需要注销该部分的股份，则应按所注销的股份面值借记“股本”科目，按股票发行时原记入资本公积的溢价部分借记“资本公积”科目，回购价格超过上述“股本”及“资本公积”科目的部分，依次借记“盈余公积”、“利润分配——未分配利润”等科目，按回购库存股份的成本贷记“库存股”科目。

在面值法下，当公司回购发行在外的股份时，以所回购股份的面值借记“库存股”科目，按股票发行时原记入资本公积的溢价部分借记“资本公积”科目，回购价格超过上述“股本”及“资本公积”科目的部分，依次借记“盈余公积”、“利润分配——未分配利润”等科目，按实际支付的购买价款贷记“银行存款”等科目。如果回购价格低于所回购股份的面值，则应按回购股份的面值借记“库存股”科目，按实际回购价格贷记“银行存款”科目，按其差额

贷记“资本公积”科目。如果需要注销该部分的股份，则借记“股本”科目，贷记“库存股”科目即可；如果公司将该部分的股份转让，应遵循的一个原则是不能确认转让损益，即当转让价大于回购成本时，应该先将原回购所冲减的“资本公积”、“盈余公积”和“利润分配——未分配利润”的金额原路转回，并结转“库存股”科目（贷记），转让价大于回购成本的差额部分贷记“资本公积”科目，如果转让价低于回购成本则将原回购所冲减的“资本公积”、“盈余公积”和“利润分配——未分配利润”的金额按“利润分配——未分配利润”、“盈余公积”和“资本公积”的顺序依次冲回，并结转“库存股”科目（贷记）。

通过上面的介绍，我们可以看出，两种方法的根本区别在于“库存股”科目是按实际回购价格（成本价）核算或是按其股份面值（账面价值）核算，这也是两种核算方法名称的来源。

（一）为减少注册资本的股份回购的会计处理

在这种情形下，依据《企业会计准则—应用指南》附录“会计科目和主要账务处理”的规定，股份有限公司采用收购本公司股票方式减资的，回购股票时，应按实际支付的回购金额，借记“库存股”科目，贷记“银行存款”等科目。在注销库存股时，按股票面值和注销股数计算的股票面值总额，借记“股本”科目，按所注销库存股的账面余额，贷记“库存股”科目，按其差额，借记“资本公积——股本溢价”科目，股本溢价不足冲减的，应借记“盈余公积”、“利润分配——未分配利润”科目；购回股票支付的价款低于面值总额的，应按股票面值总额，借记“股本”科目，按所注销库存股的账面余额，贷记“库存股”科目，按其差额，贷记“资本公积——股本溢价”科目。毫无疑问，我国会计准则采取的是成本法核算。

（二）因股东提出异议而被要求的股份回购的会计处理

依据《企业会计准则—应用指南》附录“会计科目和主要账务处理”的规定，股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持有异议而要求企业收购本公司股份的，回购企业应按实际支付的金额，借记“库存股”科目，贷记“银行存款”等科目。注销库存股，应按股票面值和注销股数计算的股票面值总额，借记“股本”科目，按注销库存股的账面余额，贷记“库存股”科目，按其差额，借记“资本公积——股本溢价”科目，股本溢价不足冲减的，应借记“盈余公积”、“利润分配——未分配利润”科目。转让库存股，应按实际收到的金

额，借记“银行存款”等科目，按转让库存股的账面余额，贷记“库存股”科目，按其差额，贷记“资本公积——股本溢价”科目；为借方差额的，借记“资本公积——股本溢价”科目，股本溢价不足冲减的，应借记“盈余公积”、“利润分配——未分配利润”科目。显然，我国会计准则对因股东提出异议而被要求的股份回购的会计处理采取的是成本法核算。

下面笔者以一个案例来对上述两种情形的库存股的处理进行说明：

【例 32－1】 库存股的会计处理——成本法和面值法

假定，甲公司（非上市股份有限公司）注册资本 3000 万元，分为 3000 万股，自然人股东 A 因不同意甲公司吸收合并乙公司的决议而要求公司回购其股份。假定 A 持有 3 万股，A 取得该股份时的原值为 6 万元（2 元/股），回购时甲公司回购价格为 3 元/股。

问题：在账面法和成本法下分别如何进行会计处理？

【解析】 1. 账面法核算（“两笔交易观”）

（1）甲公司回购股份作为“库存股”时：

借：库存股　　30000

　　资本公积——股本溢价　　30000

　　留存收益　　30000

　贷：银行存款　　90000

（2）如果 3 个月后，甲公司将该等股份作价 4 元/股转让给现有控股股东 B 公司，则：甲公司会计上不确认损益，将原冲减的资本公积（股本溢价）、留存收益冲回。

借：银行存款　　120000

贷：库存股　　30000

　　资本公积——股本溢价　　30000

　　留存收益　　30000

　　资本公积——股本溢价　　30000

如果 6 个月期满后，甲公司做注销处理：

借：股本　　30000

贷：库存股　　30000

2. 成本法核算（“一笔交易观”）

（1）甲公司回购股份作为“库存股”时：

借：库存股　　90000

贷：银行存款　　　　　　　　　　90000

（2）如果3个月后，甲公司将该等股份作价4元/股转让给现有控股股东B公司，则：甲公司会计上不确认损益，将原冲减的资本公积（股本溢价）、留存收益冲回。

借：银行存款　　　　　　　　　　120000

贷：库存股　　　　　　　　　　　90000

　资本公积——股本溢价　　　　　30000

如果6个月期满后，甲公司做注销处理：

借：股本　　　　　　　　　　　　30000

资本公积——股本溢价　　　　　　30000

留存收益　　　　　　　　　　　　30000

　贷：库存股　　　　　　　　　　90000

（三）为与持有本公司股份的其他公司合并的股份回购的会计处理

本公司因与持有本公司股份的其他公司合并而导致股份回购的，显然属于“向下纵向吸收合并”（或称为下层公司吸收合并上层公司）。依据《企业会计准则第20号——企业合并》以及《财政部关于〈公司法〉施行后有关企业财务处理问题的通知》（财企［2006］67号）第三条第（一）款的规定：“公司回购的股份在注销或者转让之前，作为库存股管理，回购股份的全部支出转作库存股成本。但与持有本公司股份的其他公司合并而导致的股份回购，参与合并各方在合并前及合并后如均属于同一股东最终控制的，库存股成本按参与合并的其他公司持有本公司股份的相关投资账面价值确认；如不属于同一股东最终控制的，库存股成本按参与合并的其他公司持有本公司股份的相关投资公允价值确认”。因此，对同一控制下的“向下纵向吸收合并”，对于合并企业而言，库存股成本按参与合并的其他公司持有本公司股份的相关投资账面价值确认，借记“库存股”科目，借记资产类科目，贷记“银行存款”、“股本”、“资本公积（股本溢价）”等科目。对于非同一控制下的控股合并，采取购买法核算，合并企业取得的被合并企业的股票按照公允价值计量。因此，应当按照合并企业实际支付的回购金额，借记“库存股”科目，贷记“银行存款”、“股本”、“资本公积（股本溢价）”等科目。

因此，我国会计准则对于因与持有本公司股份的其他公司合并而导致股份回购的会计处理方法，采取的是区分同一控制下合并和非同一控制下合并而分别采用面值法和成本法核算双重方法并存的处理。

【例 32－2】为与持有本公司股份的其他公司合并的股份回购的会计处理

假定，A 公司持有 B 公司（股份有限公司）100% 股份。在合并基准日，A 公司资产账面价值为 10000 万元（其中，对 B 公司的长期股权投资为 1000 万元，持有面值 1 元/股的 B 股份 1000 万股），其公允价值为 20000 万元，负债为 5000 万元（公允价值为 5000 万元），净资产账面价值为 5000 万元（公允价值为 15000 万元）。2014 年 2 月，B 公司以增发面值 1 元/股的股份 3000 万股（市价 5 元/股）对 A 公司实施了吸收合并。则，A 公司和 B 公司如何进行账务处理？

【解析】1. 如果 A 公司和 B 公司同受 A 公司的唯一股东 C 公司 100% 控制（C 公司对 A 公司的投资成本为 1000 万元），则 B 公司吸收合并 A 公司属于同一控制下的吸收合并。根据财企［2006］67 号的规定，应采用面值法进行核算。则：

B 公司会计处理如下：	A 公司、C 公司的会计处理如下：
B 公司回购 A 公司持有的 B 股份时： 借：库存股　1000 资产类科目　9000 贷：负债类科目　5000 　股本　3000 　资本公积——股本溢价　2000 注销库存股时： 借：股本　1000 贷：库存股　1000 合并分录为： 借：资产类科目　9000 贷：负债类科目　5000 　股本　2000 　资本公积——股本溢价　2000	B 公司回购 A 公司持有的 B 股份时： A 公司： 借：所有者权益类科目　5000 负债类科目　5000 贷：长期股权投资——B 公司　1000 　资产类科目　9000 C 公司： 借：长期股权投资——B 公司　1000 贷：长期股权投资——A 公司　1000

2. 如果 A 公司和 B 公司不受同一控制，则 B 公司吸收合并 A 公司属于非同一控制下的吸收合并。根据财企［2006］67 号的规定，应采用成本法进行核算。则：

B 公司会计处理如下：	A 公司的会计处理如下：
B 公司回购 A 公司持有的 B 股份时： 借：库存股 5000（1000×5） 资产类科目 15000 贷：负债类科目 5000 股本 3000 资本公积——股本溢价 12000 注销库存股时： 借：股本 1000 资本公积——股本溢价 4000 贷：库存股 5000 合并分录为： 借：资产类科目 15000 贷：负债类科目 5000 股本 2000 资本公积——股本溢价 8000	B 公司回购 A 公司持有的 B 股份时： A 公司： 借：所有者权益类科目 9000 负债类科目 5000 贷：长期股权投资——B 公司 1000 资产类科目 9000 C 公司： 借：长期股权投资——B 公司 15000 贷：长期股权投资——A 公司 1000 资本公积——股本溢价 14000

（四）将股份奖励给本公司职工的会计处理

对于此种情形，在会计处理上回购股份采用成本法或面值法进行核算，在授予股份给职工以及以后行权时，应适用《企业会计准则第 11 号——股份支付》进行会计处理，有关内容读者可以参阅“专题 42：股权激励的税务问题”。

三、股份回购及库存股的税务处理问题——基于实质重于形式原则的应用

根据《公司法》第一百四十二条的规定，除了股份有限公司为了减少注册资本回购股份需要立即注销之外，其他三种情形下都允许公司形成库存股。其中，对于“与持有本公司股份的其他公司合并”（下称“向下纵向吸收合并的回购”）和“股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的”（下称“回购合并、分立异议股东股份”）情形，应当在六个月内转让或者注销；对于“将股份奖励给本公司职工”（下称“股权激励回购”），应当在一年内转让给职工。那么，库存股在税务上到底存在什么问题以及如何进行税务处理呢？我国税法并没有形成一个整体的制度或规则。

（一）股份回购和库存股的税法处理原理及其适用分析

笔者认为，库存股如何进行所得税税务处理，从理论来看，主要包括如下三个密不可分的问题：

问题一：公司回购股东持有的自身股份时，公司是否确认所得或损失？

问题二：公司注销或转让库存股时，是否存在税务处理？

问题三：在税法上，上述两个步骤的交易是采用“独立交易”处理或是依据实质重于形式原则而采“整体交易”处理？

对于上述三个问题，笔者认为，应坚持独立交易和根据“实质重于形式”原则来综合判断适用。

首先，从公司法原理、规定及税法原理来看，公司回购股东持有的自身股份，视为股东按照回购价格将其持有的公司股份转让或出售给公司。在这个交易中，股东会实现股权转让所得或损失，回购公司视为支付对价（一般是现金对价）回购权益性工具，从会计处理上不影响损益，直接计入权益。从税法上看，除非公司回购股份采用应税的非货币性资产，否则不应确认任何所得或损失。但是，该税务处理结果具有不确定性，还需要视后续公司是否注销或转让库存股来分别处理（详见下文）。

其次，对于公司注销或转让库存股，应当分为两种情形来进行处理：

一是，如果公司注销库存股的，则公司法上应按照公司减资进行处理。此时，是否应根据“实质重于形式”原则，将两笔交易视为一笔整体交易（股东减资）处理呢？笔者认为此时应这样处理。理由在于，回购股份交易和注销库存股交易在6个月或12个月内完成，总体来看公司回购股份实现的是公司减资的行为，并且后一步注销库存股的交易并没有任何第三方参与以及出现任何对价（综合来看对价已经出现在第一步股份回购中），将其视为一个整体交易是合理的。因此，此种情形下，公司回购股份时，对于被回购股东应暂不做税务处理或先预缴，待公司对库存股进行后续处置之后，视情形进行处理。

二是，如果公司转让库存股的，则应当视为公司重新发行库存股处理。此时，是否应根据“实质重于形式”原则，将两笔交易视为一笔整体交易（被回购股东股份转让）处理呢？笔者认为此时不应这样来处理。理由在于，公司对外重新发行库存股的发行价格是由公司与新的投资人之间协商确定的，与原被回购股东并没有直接关系，即是说原被回购股东并没有、也没有权利参与定价。这属于一个独立的库存股重新发行或者重新转让的交易，与前面的股份回购并没有关联，两个交易尽管在6个月或12个月内完成，但应视为两个独立的交易来处理。因此，对于库存股重新发行应视为新投资者对公司的资本投入，除非新投资人采用非货币性资产投资，否则不产生所得税问题。

需要注意的是，上述规则存在两个例外：（1）如果库存股被用于股权激励

计划，基于股权激励计划的整体安排，我国税法有专门的针对被激励对象的税务处理规定；[①] 以及（2）向下纵向吸收合并，基于整体的合并重组方案，库存股应该是注销而不是转让，对于整个交易应根据59号文有关合并重组的规定来进行处理。因此，我们可以发现，事实上，涉及股份回购及库存股的税务问题实质仅仅局限于股份公司因合并、分立回购异议股东股份并形成库存股并向新的投资人重新发行或者注销的情形。

（二）股份回购和库存股的税务处理

根据前述第（一）部分的讨论，我们可以将公司回购股份形成库存股时，被回购股东、回购公司以及新投资者（或被激励对象）的所得税税务处理规则总结如下表32－1。

表32－1：股份回购及库存股涉税处理规则

规则及对象 情形		税法规定及适用规则			
		被回购股份股东		回购公司	新投资人/被激励对象
		企业股东	个人股东		
向下纵向吸收合并的回购	6个月内转让	N/A	N/A	N/A	N/A
	6个月内注销	股份回购和库存股注销视为一个整体合并重组交易。作为被合并方，依据59号文、60号文的相关规定处理。	N/A	作为合并方，依据59号文、60号文的相关规定处理。	N/A
回购合并、分立异议股东股份	6个月内转让	股份回购和库存股转让视为两个独立交易。对于股份回购，依据国税函［2010］79号文的规定，股东视为按照回购价格转让其股份，确认股权转让所得或损失。	股份回购和库存股转让视为两个独立交易。对于股份回购，依据67号公告的规定，股东视为按照回购价格转让其股份，确认股权转让所得或损失。	回购公司除非以非货币性资产回购，否则不存在税务问题	新投资人除非以非货币性资产认购库存股，否则不存在税务问题

① 笔者注：有关股权激励税务问题请读者参阅“专题42：股权激励的税务问题”。

续 表

	6个月内注销	股份回购和库存股注销视为一个整体减资交易。依据34号公告的规定，股东视为收回投资处理。①	股份回购和库存股注销视为一个整体减资交易。依据67号公告的规定，股东视为按照回购价格转让其股份，确认股权转让所得或损失。②	回购公司除非采用非货币性资产回购，否则不存在税务问题	N/A
股权激励回购	1年之内授予	股份回购和库存股授予视为两个独立交易。对于股份回购，依据国税函［2010］79号文的规定，股东视为按照回购价格转让其股份，确认股权转让所得或损失。	股份回购和库存股授予视为两个独立交易。对于股份回购，依据67号公告的规定，股东视为按照回购价格转让其股份，确认股权转让所得或损失。	回购公司除非采用非货币性资产回购，否则不存在税务问题	被激励对象按照有关股权激励的税法规定执行。一般地，授予日不确认所得，行权日确认所得计入“工资、薪金”处理。③

注：①实践中，此种情形一般很少会出现。因为减资程序比较复杂，一般采用的方式是公司的控股股东或其关联方收购异议股东的股份来处理。同时，对于上市公司换股吸收合并而言，基于同样的原因，采用提供现金选择权的方式来处理，不会出现库存股。

②依据67号公告的规定，个人股东按照股权转让处理，不得享受免税股息待遇，这与34号公告规定的企业股东有所区别。

③有关股权激励的税收政策，请读者参阅“专题42：股权激励的税务问题”。

在表32－1中，我们特别关注一下公司回购股份形成库存股之后，在6个月内注销导致公司减资时的处理：

（1）对于企业股东而言，在其转让股份给公司（或公司回购股份）之时，确认股权转让所得或损失并进行预缴，待公司后续明确注销之后，按照34号公告进行税务处理，此时，企业股东依然可以享受免税股息待遇并予以退税；如果后续公司明确为重新发行转让给其他投资人，则按照《企业所得税法》的规定，视为股权转让处理，此时与减资不同的是，应该依据国税函［2010］79号

文的规定处理，不得扣除留存收益部分；

（2）对于个人股东而言，在其转让股份给公司（或公司回购股份）之时，与企业股东不同的是，由于适用67号公告的规定，不论回购公司是否后续减资，个人股东都不得享受免税股息待遇。因此，在回购时，个人股东应根据67号公告的规定计算确认股权转让所得或损失，并依据67号公告第二十条第（一）项“受让方已支付或部分支付股权转让价款的”的规定，在次月15日内向主管税务机关申报纳税。如果后续公司注销库存股的，公司和个人股东不再存在纳税义务；如果后续公司转让该库存股的，除非新投资人属于以非货币性资产投资，否则其不存在纳税义务，因为这视为一个资本投入交易。

下面，笔者在【例32－1】的基础上来进行税务处理分析如下：

【例32－3】库存股的税务处理

基本资料见【例32－1】，并假定甲公司按照成本法进行会计处理。

【解析】1. 甲公司回购股份作为“库存股”时，A公司确认所得3万元［（3—2）×3］，并按照该税额进行预缴。

2. 如果甲公司在3个月后，按照4元/股转让给现有控股股东B公司。则：A公司不需要进行任何所得税处理，B公司和甲公司都不存在所得税纳税义务；如果在6个月内，甲公司做注销处理。则：A公司应将两笔交易视为一个整体交易处理，假定可享受免税股息1万元，则新确定的股权转让所得为2万元（3—1），免税股息部分在下期的预缴或者年度汇算清缴中予以退税处理。

3. 假定A属于自然人，则与A作为公司不同的是，A自然人股东不能享受免税股息待遇，即是说在股份被回购时，即当期确认股权转让所得3万元，并在次月15日内向其主管税务机关申报纳税。

专题 33：企业清算的税务问题

内容概览

在前两个专题中，笔者讨论了企业紧缩中的减（撤）资以及库存股的税务问题。在本专题，笔者将接着讨论另外一类特殊业务的税务问题，即企业清算的税务问题。本专题包含如下内容：

■ 企业清算的概念及税收法规适用——以 60 号文和 59 号文为中心展开

■ 企业清算的所得税税务处理概述——以清算的交易架构为中心展开

■ 企业层面清算的所得税处理疑难问题

■ 企业股东层面清算的所得税处理疑难问题

■ 企业清算其他税种涉税分析

一、企业清算的概念及税收法规适用——以 60 号文和 59 号文为中心展开

从企业、公司法意义上讲，企业的清算是指在企业面临终止的情况下，负有清算义务的主体按照法律规定的方式、程序对企业的资产、负债、股东权益等企业的状况作全面的清理和处置，使得企业与其他主体之间产生的权利和义务归于消灭的行为。税法意义上的企业清算与企业、公司法上的清算有所不同，因为企业清算并不必然要求企业的法律解散。比如在公司合并中，被合并公司在公司法意义上并不需要履行公司清算的法定程序，但在税法意义上则仍然需要履行公司完全清算的法定义务。

在《企业所得税法》及《企业所得税法实施条例》下，企业清算业务的企业所得税处理一直是大家非常关心的问题。尽管《企业所得税法》第五十三条、第五十五条和《企业所得税法实施条例》第十一条对企业所得税清算中涉及的事项做出了规定，但对于什么情况下应进行企业所得税清算，如何计算企业清算所得等具体问题规定得并不是很具体，而《财政部 国家税务总局关于企业清算业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税［2009］60 号，下称“60 号

文”）对企业清算业务企业所得税的处理中的很多具体操作事项给出了非常明确的意见，初步构筑出了我国企业清算的企业所得税税法框架和规则。概述如下：

60号文第二条规定：“下列企业应进行清算的所得税处理：（一）按《公司法》《企业破产法》等规定需要进行清算的企业；（二）企业重组中需要按清算处理的企业。”因此，税法上企业清算的情形划分为两大类：“非重组性的企业清算”和“重组性的企业清算”。笔者总结如下表33－1：

表33－1：企业清算的分类及其适用

类型		适用法律条款	具体情形
非重组性企业清算	普通清算	《公司法》第180条第（1）项、60号文	公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现（“期限届满”）
		《公司法》第180条第（2）项、60号文	股东会或者股东大会决议解散（“决议解散”）
		《公司法》第180条第（4）项、60号文	依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销（“吊销、依法关闭”）
		《公司法》第180条第（5）项、第182条、60号文	人民法院依照本法第一百八十二条的规定予以解散（“公司僵局”）
	破产清算	《破产法》第2条、60号文	企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。
重组性企业清算（视同清算）	企业法律形式改变	59号文第4条第（1）项第1目、60号文	企业由法人转变为个人独资企业、合伙企业等非法人组织，或将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区），应视同企业进行清算、分配，股东重新投资成立新企业。
	企业合并	《公司法》第180条第（1）项、59号文第4条第（4）项第2目、60号文	一般性税务处理：“被合并企业及其股东都应按清算进行所得税处理”
	企业分立	59号文第4条第（5）项第4目、60号文	一般性税务处理：“被分立企业不再继续存在时，被分立企业及其股东都应按清算进行所得税处理”

需要注意的是，对于因公司合并或分立而解散的，《公司法》并不要求公司进行法定清算程序。所谓法定清算程序是指《公司法》第一百八十四条至第一百九十条所规定的清算要求和清算程序。但依据59号文的规定，则属于一般性税务处理下的重组性企业清算。

【疑难问题33－1】 企业税务登记证注销是否必须进行企业所得税的清算？

在讲企业所得税清算时，实践中很多人认为企业税务登记证注销就必须进行企业所得税的清算，这种观点是一种错误的认识。笔者分析如下：

根据《税务登记管理办法》（国家税务总局令第7号，下称“7号令”）的规定，以下三种情况应进行税务登记的注销：

7号令规定	规定内容
第二十八条	“纳税人发生解散、破产、撤销以及其他情形，依法终止纳税义务的，应当在向工商行政管理机关或者其他机关办理注销登记前，持有关证件和资料向原税务登记机关申报办理注销税务登记；按规定不需要在工商行政管理机关或者其他机关办理注册登记的，应当自有关机关批准或者宣告终止之日起15日内，持有关证件和资料向原税务登记机关申报办理注销税务登记。 纳税人被工商行政管理机关吊销营业执照或者被其他机关予以撤销登记的，应当自营业执照被吊销或者被撤销登记之日起15日内，向原税务登记机关申报办理注销税务登记。”
第二十九条	“纳税人因住所、经营地点变动，涉及改变税务登记机关的，应当在向工商行政管理机关或者其他机关申请办理变更、注销登记前，或者住所、经营地点变动前，持有关证件和资料，向原税务登记机关申报办理注销税务登记，并自注销税务登记之日起30日内向迁达地税务机关申报办理税务登记。”
第三十条	“境外企业在中国境内承包建筑、安装、装配、勘探工程和提供劳务的，应当在项目完工、离开中国前15日内，持有关证件和资料，向原税务登记机关申报办理注销税务登记。”

注：第三十条涉及的企业所得税处理问题，应根据《非居民承包工程作业和提供劳务税收管理暂行办法》（国家税务总局令第19号）处理。

对于上述第二十八条、第二十九条规定情形，它们都需要进行企业税务登记证注销，但并不必然需要进行企业所得税的清算。如前所述，比如在第二十九条规定情形中，59号文第四条第（一）项第二款规定：“企业发生其他法律形式简单改变的，可直接变更税务登记，除另有规定外，有关企业所得税纳税

事项（包括亏损结转、税收优惠等权益和义务）由变更后企业承继，但因住所发生变化而不符合税收优惠条件的除外。”也就是说，除“企业由法人转变为个人独资企业、合伙企业等非法人组织，或将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区）”之外，企业发生其他法律形式简单改变的，可直接变更税务登记。对于登记注册地跨区域变更的，需要先向原税务登记机关申报办理注销税务登记，并自注销税务登记之日起30日内向迁达地税务机关申报办理税务登记，但这并不意味着企业在原注册地需要进行所得税清算。

二、企业清算的所得税税务处理概述——以清算的交易架构为中心展开

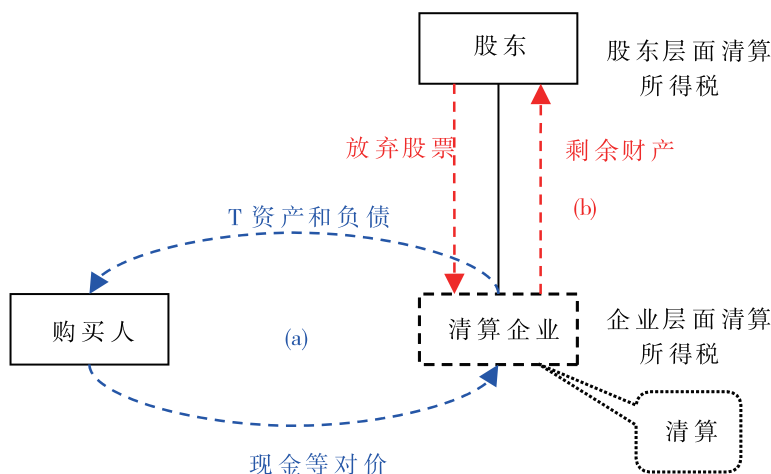
税法意义上的企业清算通常包括两个层面的税务处理：一是，企业在清算过程中对企业资产处置过程中所产生的企业层面的所得税后果；二是，企业将剩余资产向股东分配过程中所产生的股东层面的所得税后果。这两个方面的税收后果构成了税法意义上企业清算的核心内容。

60号文第四条规定：“企业的全部资产可变现价值或交易价格，减除资产的计税基础、清算费用、相关税费，加上债务清偿损益等后的余额，为清算所得。企业应将整个清算期作为一个独立的纳税年度计算清算所得。”第五条规定：“企业全部资产的可变现价值或交易价格减除清算费用，职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，结清清算所得税、以前年度欠税等税款，清偿企业债务，按规定计算可以向所有者分配的剩余资产。被清算企业的股东分得的剩余资产的金额，其中相当于被清算企业累计未分配利润和累计盈余公积中按该股东所占股份比例计算的部分，应确认为股息所得；剩余资产减除股息所得后的余额，超过或低于股东投资成本的部分，应确认为股东的投资转让所得或损失。被清算企业的股东从被清算企业分得的资产应按可变现价值或实际交易价格确定计税基础。”从前述规定可以得出，企业清算业务企业所得税处理实际包含的是两个层面企业所得税清算处理的规定：一是在企业层面，企业在清算时的企业所得税处理；二是在股东层面，其股息所得以及投资在清算时的企业所得税处理。

事实上，上述两个层面的所得税清算的规定的法理依据在于两个方面：企业和股东的独立税务主体资格和企业清算的交易架构。就此而言，企业的清算通常可以分解为两个方面的交易行为：一是企业对自身资产和负债的处置行为；二是企业将剩余资产分配给股东的交易行为。对于第一个交易，基于企业作为一个独立的主体的资产和负债的处置行为，企业本身将成为税法上的义务主体，

将产生企业所得税；对于第二个交易，企业和其股东之间的财产分配行为构成一个股息分配和财产交换行为，即企业首先将企业的留存收益视同为股息分配给股东，若有剩余财产则视同为对股东的投资回报（即分配财产与股东的股权之间的交换行为）。当然，在实务中，对某些资产而言，也可能只涉及第二个交易行为，比如直接对股东进行实物分配，此时，通常将被视为以公允市场价值向股东出售/处置资产。有关交易架构图如下图 33－1：

图 33－1：企业清算交易架构图



注：如果在企业合并重组中，则图中的“购买人”即是合并企业，“清算企业”即是被合并企业；如果在企业解散分立重组中，则图中的“购买人”即是分立企业，“清算企业”即是被分立企业。

在上述交易架构中，在（a）步骤交易中，清算企业因将资产和负债处置给购买人将产生清算所得（若有），则会产生企业层面的所得税，纳税义务人为清算企业；在（b）步骤交易中，清算企业将缴纳清算所得税后的剩余财产分配给股东，股东将视为对投资的收回或以股权交换财产进行税务处置，但其中的留存收益部分给予免税股息待遇。

三、企业层面清算的所得税处理疑难问题

（一）企业清算期间的确定

1. 企业清算期间的确定概述

《企业所得税法》第五十三条规定：“企业所得税按纳税年度计算。纳税年度自公历 1 月 1 日起至 12 月 31 日止。企业在一个纳税年度中间开业，或者终止

经营活动，使该纳税年度的实际经营期不足十二个月的，应当以其实际经营期为一个纳税年度。企业依法清算时，应当以清算期间作为一个纳税年度。”60号文第四条第二款规定，“企业应将整个清算期作为一个独立的纳税年度计算清算所得。”从前述规定可以得出，企业的清算期应当作为一个独立的纳税年度计算清算所得。2009年12月4日，国家税务总局又发布了《关于企业清算所得税有关问题的通知》（国税函［2009］684号）重申了企业清算时，应当以整个清算期间作为一个纳税年度，依法计算清算所得及其应纳所得税。企业应当自清算结束之日起15日内，向主管税务机关报送企业清算所得税纳税申报表，结清税款。遗憾的是60号文和国税函［2009］684号文都没有规定如何确定企业清算期间的开始日和截止日，但国家税务总局2009年7月17日颁布的《关于印发〈中华人民共和国企业清算所得税申报表〉的通知》（国税函［2009］388号）中有概括性的规定：“清算期间指纳税人实际生产经营终止之日至办理完毕清算事务之日止的期间。”因此，企业的清算期是从企业实际生产经营终止之日至办理完毕清算事务之日止的期间。但是该规定依然比较笼统和模糊，在实践中仍然存在很大的适用争议。

按照一般的理解，从清算开始年度的1月1日到企业终止生产经营之日，这一期间是企业正常生产经营期，企业取得的为生产经营所得，对于这部分的所得，应当以当年1月1日至企业终止生产经营之日作为一个独立的纳税年度，根据《企业所得税法》的相关规定，在自实际经营终止之日起60日内，向税务机关办理当期企业所得税汇算清缴，按《企业所得税汇算清缴管理办法》（国税发［2009］79号）的相关规定进行。而从企业终止生产经营之日到办理完毕清算事务之日，为清算期。企业的清算期也应作为一个独立的纳税年度（参见下图33－2）。无论如何，在确定清算期应注意以下几点：

1. 无论清算跨度长短都视为一个纳税年度，也就是无论实际是否超过12个月都要视为一个纳税年度，以该期间为基准计算确定企业应纳税所得额；

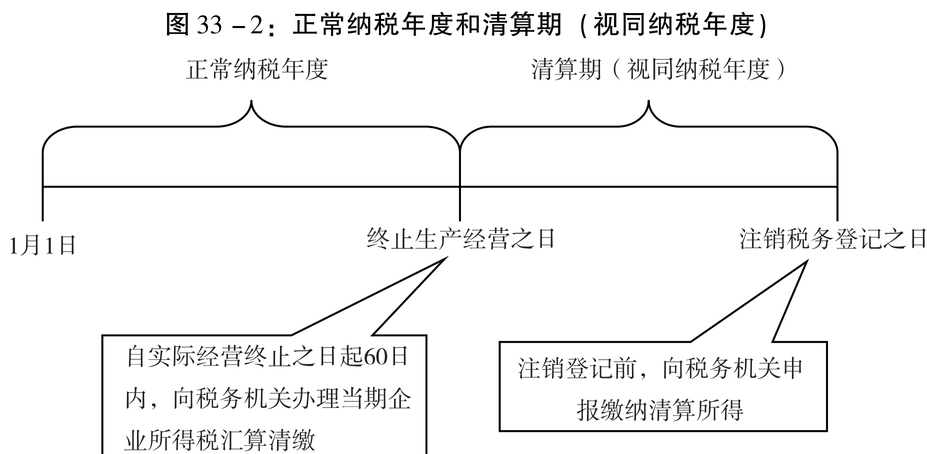
2. 企业如果在年度中间终止经营，该年度终止经营前属于正常生产经营年度，此后则属于清算年度；

3. 清算开始日的确定在实际中需要结合《公司法》、《破产法》等有关法律规定进行具体判断；

4. 办理完毕清算事务之日，最终的一项标志性事项就是办理注销税务登记，至此企业作为纳税主体资格消亡。因此，所得税清算期间是指纳税人自终止正常的生产经营活动开始清算之日起，至主管税务机关办理注销税务登记止的期间。

笔者将正常纳税年度和清算期总结如下图 33－2：

图 33－2：正常纳税年度和清算期（视同纳税年度）



2. 企业清算期间的确定规则

按照上述有关清算期的一般性原则规定，企业清算期间开始之日即是“实际生产经营终止之日”，但什么是“实际生产经营终止之日”？我国税法并没有明确规定。在实务中，“非重组性企业清算”清算期间的开始之日往往需要结合《公司法》、《破产法》等有关法律规定进行具体判断。

对于“重组性企业清算”交易清算期的开始日如何确定，60 号文、国税函［2009］684 号、国税函［2009］388 号同样没有明确规定，而实践中这往往是一个看似简单、但实际则非常复杂而重要的问题，这不能不说是 60 号文的一个立法“遗漏”或“瑕疵”。为什么这样说呢？显然适用“实际生产经营终止之日”判断标准将显得相当的不可思议！比如，在企业合并、分立重组交易实践中，被合并企业、被分立企业往往直到交易完成之日（重组日）都一直在实际生产经营，难道直到合并、分立交易完成之日“清算期间才开始”吗？显然这是荒谬的。又比如，企业由法人转变为个人独资企业、合伙企业等非法人组织，或将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区）中，企业同样一直在实际生产经营。因此，按照《企业所得税法》第五十三条的规定并不能实际划分正常纳税年度和清算期间的界限。

关于企业清算期间的结束日的确定，应当说没有争议。如前所述，办理完毕清算事务之日，最终的一项标志性事项就是办理注销税务登记，至此企业作为纳税主体的资格就消亡。因此，所得税清算期间的结束之日是指主管税务机关办理注销税务登记之日。

笔者根据实践，将企业清算的清算期的确定规则总结如下表 33－2：

表 33－2：企业清算期开始日的确定规则

类型		具体情形	开始日确定	结束日确定
非重组性企业清算	普通清算	公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现（“期限届满”）	清算组成立的日期是实际经营终止之日，故清算组成立之日为企业清算的开始日期	主管税务机关办理注销税务登记之日
		股东会或者股东大会决议解散（“决议解散”）	同上	
		依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销（“吊销、依法关闭”）	被有权机构吊销营业执照、责令关闭或者被撤销之日	
		人民法院依照本法第一百八十三条的规定予以解散（“公司僵局”）	法院作出解散裁定之日	
	破产清算	企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。	法院作出破产宣告之日	
重组性企业清算	企业法律形式改变	企业由法人转变为个人独资企业、合伙企业等非法人组织，或将登记注册地转移至中华人民共和国境外（包括港澳台地区），应视同企业进行清算、分配，股东重新投资成立新企业	以股东（会）作出决议之日作为清算期间的开始之日	
	企业合并	一般性税务处理：“被合并企业及其股东都应按清算进行所得税处理”	重组当事方作出合并决议、达成合并协议并生效之日	
	企业分立	一般性税务处理：“被分立企业不再继续存在时，被分立企业及其股东都应按清算进行所得税处理”	重组当事方作出分立决议、达成分立协议并生效之日	

需要说明的是，对于企业合并或分立重组，《公司法》并不要求它们进行清算，因此不能适用《公司法》有关公司解散、清算的条款来进行确定。那么如

何确定开始日呢？笔者认为，结合实务，可以参照《公司法》有关合并、分立的条款进行确定，即合并、分立重组交易的当事方作出合并、分立决议，达成合并、分立协议并生效之日。需要注意的是，不能以《国家税务总局关于企业重组业务企业所得税征收管理若干问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 48 号，下称“48 号公告”）第三条确立的重组日规则来确定清算期的开始日。因为该条第 4 点、第 5 点分别将合并、分立重组日规定为“合并，以合并合同（协议）生效、当事各方已进行会计处理且完成工商新设登记或变更登记日为重组日。按规定不需要办理工商新设或变更登记的合并，以合并合同（协议）生效且当事各方已进行会计处理的日期为重组日”和“分立，以分立合同（协议）生效、当事各方已进行会计处理且完成工商新设登记或变更登记日为重组日”。理由在于，在实务中，合并企业完成工商新设登记或变更登记之前被合并企业已经完成了税务注销手续。那么为什么不以合并、分立公告之日作为开始之日呢？笔者认为公告日属于公告期开始之日，是履行程序的必要步骤，与生效日两者性质截然不同。为什么这样确定开始之日呢？笔者认为由于“实际生产经营终止之日”判断标准的不适用（企业合并、分立中，企业实际任何时候都没有终止实际生产经营），这个确定权应当给予企业自由确定，而合并、分立决议通过，合并、分立协议的生效之日无疑是企业正式进入合并、分立的法律程序的有效证明。

（二）企业层面清算所得的计算——“损益表”观

60 号文第三条规定：“企业清算的所得税处理包括以下内容：（一）全部资产均应按可变现价值或交易价格，确认资产转让所得或损失；（二）确认债权清理、债务清偿的所得或损失；（三）改变持续经营核算原则，对预提或待摊性质的费用进行处理；（四）依法弥补亏损，确定清算所得；（五）计算并缴纳清算所得税；（六）确定可向股东分配的剩余财产、应付股息等。”第四条规定：“企业的全部资产可变现价值或交易价格，减除资产的计税基础、清算费用、相关税费，加上债务清偿损益等后的余额，为清算所得。企业应将整个清算期作为一个独立的纳税年度计算清算所得。”

从上述规定可以看出，在企业层面计算企业清算所得采用的是“损益表”观的计算方法。即按照计算企业层面清算利润或损益的方法来进行。后续出台的国税函［2009］388 号亦贯彻了这一观点。根据其附件 1《中华人民共和国企业清算所得税申报表》的计算项目，笔者总结企业层面清算所得的有关公式如下：

企业清算所得 = 资产处置损益 + 负债清偿损益 - 清算费用 - 清算税金及附加 + 其他所得或支出

其中：资产处置损益 = 企业的全部资产可变现价值或交易价格 - 资产的计税基础

资产可变现价值或交易价格 = 货币资金 + 清理债权的可收回金额 + 存货的可变现价值 + 固定资产的可变现价值 + 非实物资产的可变现价值

负债清偿损益 = 企业的全部负债的清偿金额 - 负债的计税基础

清算费用是指纳税人清算过程中发生的与清算业务有关的费用支出，包括清算组组成人员的报酬，清算财产的管理、变卖及分配所需的评估费、咨询费等费用，清算过程中支付的诉讼费用、仲裁费用及公告费用，以及为维护债权人和股东的合法权益支付的其他费用；

清算税金及附加是指纳税人清算过程中发生的除企业所得税和允许抵扣的增值税以外的各项税金及其附加。包括在清算期间因处理资产、负债而产生的营业税、印花税、土地增值税、教育费附加等税费。不包括以前年度欠税；

其他所得或支出是指不包含在上述项目中的其他所得或支出。

应纳税所得额 = 企业清算所得 - 免税收入 - 不征税收入 - 其他免税所得 - 弥补以前年度亏损

其中：免税收入是指纳税人清算过程中取得的按税收规定免税收入；不征税收入是指纳税人清算过程中取得的按税收规定不征税收入；其他免税所得是指纳税人清算过程中取得的按税收规定免税的所得；

弥补以前年度亏损是指纳税人按税收规定可在税前弥补的以前纳税年度尚未弥补的亏损额；

应纳所得税额 = 应纳税所得额 × 适用税率

其中：清算期间不属于正常的生产经营期间，不能享受法定减免税优惠（包括定期减免优惠、小型微利企业优惠税率、高新技术企业优惠税率等），一律适用基本税率25%。

在具体适用上述公式时，实践中，还存在如下两个疑难问题需要解决：

【疑难解析 33-2】如何确定资产的处置损益？如果存在商誉时如何确定？

根据上述公式，资产处置损益 = 企业的全部资产可变现价值或交易价格 - 资产的计税基础；资产可变现价值或交易价格 = 货币资金 + 清理债权的可收回金额 + 存货的可变现价值 + 固定资产的可变现价值 + 非实物资产的可变现价值；负债清偿损益 = 企业的全部负债的清偿金额 - 负债的计税基础。问题主要集中

在企业合并中，如果存在商誉时如何计算资产可变现价值或交易价格的问题。

譬如，在企业吸收合并中，被合并企业在合并基准日，资产账面价值2,500万元（公允价值3,000万元），负债账面价值1,500万元（公允价值1,500万元）。T所有者权益构成如下：实收资本500万元、资本公积（资本溢价）100万元、盈余公积200万元、未分配利润200万元。经过协商，合并企业以2000万元的合并对价对被合并企业进行了吸收合并。我们可以发现，在进行被合并企业视同清算时，如何确定其资产的可变现价值或交易价格？是按可辨认净资产的公允价值1500万元确定（3000－1500）还是按照合并企业支付的2000万元合并对价确定？争议在于，这个时候合并企业支付的合并对价高于被合并企业可辨认净资产的公允价值500万元，这500万元属于合并企业的商誉，而对于被合并企业，则属于不可辨认资产的价值。笔者认为，既然合并企业在合并中需要确认500万元的商誉，且其实际支付的“交易价格”为2000万元，则被合并企业视同清算时，实际应视为资产的“交易价格”为3500万（承担负债1500万元）而不是其公允价值3000万元，因此，在计算资产处置损益时应采“交易价格”来确定而不是可辨认资产“可变现价值”来确定。

【疑难解析33－3】企业清算涉及非货币性资产分配时，企业层面清算所得税如何处理？

实践中，企业清算时可能涉及将部分非货币性资产直接分配给部分股东的情形，这个时候如何处理企业层面清算所得的计算？从原理上讲，企业对股东进行现金分配和非现金财产分配本质上没有区别。但是，企业进行非现金财产分配面临如下几个复杂的问题需要解决：

1. 某些实物资产具有不可分割性或虽然可以进行分割，但共享分割将导致股东的商业目的无法实现或不能很好地实现，比如某些知识产权、房产、某些价值较高的大型机器设备等；

2. 是否可以实施非现金财产直接分配将受到清算企业清算后剩余财产金额与拟进行分配的非货币性财产的可变现价值之间的大小关系的影响。这个时候又可以分为如下两种情形：

（1）剩余财产金额大于等于非货币性资产的可变现价值，又可细分为：欲接收非货币性资产的股东可以获得的剩余财产金额大于等于非货币性资产的可变现价值以及小于货币性资产的可变现价值两种情况；

（2）剩余财产金额小于非货币性资产的可变现价值。

3. 清算企业如果不先出售/处置该等非货币性资产的话，将无力清偿企业的

债务。这种情形下，企业通常会采取两种方式处理：一是直接按照债权人会议同意的价格出售该等非货币性资产给欲接受的股东而获取现金（视为企业将该资产按照公允市场价值出售给股东），然后按照清算程序进行清算分配；二是先确定该等财产的可变现价值，并按照正常的清算程序进行清算，计算剩余财产的金额，再根据剩余财产金额与非货币性资产的可变现价值之间的差额分情形进行处理。如果欲接收非货币性资产的股东获得的非现金财产的可变现价值大于其可以获得的剩余财产金额，则该股东可能会按照股权比例对其他股东进行补偿，或承担清算企业的部分债务或其他义务的方式进行处理。

综上所述，清算企业在进行非货币性资产直接分配时，较为简单的方式就是先对股东直接处置该等非货币性资产而获取现金，但难点在于交易价格的确定；较为复杂的方式就是非货币性资产的分配与股东之间差额补偿以及承担企业债务“捆绑”组合的处理方式，但依然会面临事先确定可变现价值的问题。在实践中，可变现价值的确定通常是通过资产评估来完成。企业清算分配最简单的方式就是将所有非货币性资产出售/处置给无关联的第三方从而获得现金并进行清算分配。

有关涉及商誉的例子请读者参阅“专题15：企业合并的税务疑难问题”的相关例子。笔者再以一个企业普通清算的例子来说明企业层面清算所得的计算：

【案例33－1】普通清算——企业层面的清算

假定，甲企业经营期限届满，该公司股东会作出终止企业经营的决议，适用税率为25%。终止实际生产经营之日的资产负债表（单位：万元）如下：

资产项目	资产的账面价值	资产的计税基础	资产的可变现价值/交易价格
资产	4590	5090	5650
负债	5010	5000	4410
所有者权益	（420）		

甲企业在清算期内支付清算费用100万元，支付职工安置费、法定补偿金150万元。清算过程中发生的相关税费为20万元，以前年度可以弥补的亏损300万元。

【解析】甲企业的清算所得、应纳税所得额以及应纳所得税额计算如下：

资产处置损益＝全部资产可变现价值或交易价格－资产的计税基础

＝5650－5090＝560（万元）

负债清偿损益＝全部负债的清偿金额－负债的计税基础

$=4410-5000=-590$（万元）

企业清算所得 = 资产处置损益 + 负债清偿损益 − 清算费用 − 清算税金及附加 + 其他所得或支出 $=560+590-100-20-150=880$（万元）

假定免税收入、不征税收入以及其他免税所得为零，则：

应纳税所得额 = 企业清算所得 − 免税收入 − 不征税收入 − 其他免税所得 − 弥补以前年度亏损 $=880-300=580$（万元）

应纳所得税额 = 应纳税所得额 × 适用税率 $=580\times25\%=145$（万元）

四、企业股东层面清算的所得税处理——“资产负债表”观

60 号文第五条规定：“企业全部资产的可变现价值或交易价格减除清算费用，职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，结清清算所得税、以前年度欠税等税款，清偿企业债务，按规定计算可以向所有者分配的剩余资产。被清算企业的股东分得的剩余资产的金额，其中相当于被清算企业累计未分配利润和累计盈余公积中按该股东所占股份比例计算的部分，应确认为股息所得；剩余资产减除股息所得后的余额，超过或低于股东投资成本的部分，应确认为股东的投资转让所得或损失。被清算企业的股东从被清算企业分得的资产应按可变现价值或实际交易价格确定计税基础。”

从上述规定可以看出，在企业股东层面计算企业清算所得采用的是“资产负债表”观的计算方法。即按照计算企业层面净资产的方法来进行。后续出台的国税函［2009］388 号亦贯彻了这一观点。根据其附件 1《中华人民共和国企业清算所得税申报表》之附表三“剩余财产计算和分配明细表”，笔者将股东清算分配的剩余财产的有关公式总结如下：

剩余财产 = 资产可变现价值或交易价格 − 清算费用 − 职工工资 − 社会保险费用 − 法定补偿金 − 清算税金及附加 − 清算所得税额 − 以前年度欠税额 − 其他债务

其中：职工工资、社会保险费用、法定补偿金属于企业清算时应付的《劳动法》上的成本；

清算所得税额是指企业层面的清算所得税额；

同时，在可分配给企业的股东的剩余财产范围内，应当划分股息所得和股东投资转让所得或损失两部分。各股东的股息所得应当按照相当于被清算企业累计未分配利润和累计盈余公积中各股东的持股比例计算的部分；剩余资产减除股息所得后的余额，超过或低于股东投资成本的部分，应确认为股东的投资

转让所得或损失。因此各股东股息所得及投资利得/利亏的有关公式如下：

股息所得＝留存收益×股权比例＝（累计未分配利润＋累计盈余公积）×股权比例

投资利得/利亏＝（剩余财产×股权比例－股息所得）－股权投资成本

需要注意的是，清算企业的股东取得的股息所得和投资转让所得应区别如下情况处理：

1. 清算企业的企业股东

所谓清算企业的企业股东是指清算企业的股东属于《企业所得税法》规定的“企业”。在这种情况下又可以细分为两种情形，即居民企业股东和非居民企业股东。

（1）居民企业股东

依据《企业所得税法》第二十六条第（二）项以及《实施条例》第八十三条的规定，居民企业股东从境内直接投资的另一居民企业（清算企业）取得的股息所得，免征企业所得税。同时，根据《财政部国家税务总局关于企业资产损失税前扣除政策的通知》（财税［2009］57号）第六条第（一）项之规定，因被投资企业清算导致投资方发生的股权处置损失，可以在计算应纳税所得额时直接扣除。

（2）非居民企业股东

所谓非企业股东是指按照《企业所得税法》及相关规定认定为的非居民企业。依据《企业所得税法》第二十六条第（三）项、第二十七条第（五）项以及《实施条例》第九十一条的相关规定，非居民企业股东取得的股息所得或投资转让所得需要分别如下两种情况进行处理：

①非居民企业在中国境内设立机构、场所的，应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得，以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得适用25%的所得税率；其中，属于股息、红利等权益性投资收益的部分，依据第二十六条第（三）项的规定予以免税；

②非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税，适用税率10%或者税收协定优惠税率。

并且上述缴纳的企业所得税（预提所得税）由清算企业负责代扣代缴。依据《财政部国家税务总局关于企业所得税若干优惠政策的通知》（财税［2008］001号）规定，2008年1月1日之前外商投资企业形成的累积未分配利润，在

2008 年以后分配给外国投资者的，免征企业所得税；2008 年及以后年度外商投资企业新增利润分配给外国投资者的，依法缴纳企业所得税。

非居民企业股东获得的股息预提所得税 = 股息所得 × 适用税率

其中：股息所得仅指外商投资企业 2008 年及以后年度实现的留存收益归属于外国投资者的部分；适用税率 25% 或 10%（视情况而定），税收协定（或安排）中明确了优惠税率的，从其规定。

非居民企业股东获得的投资转让所得或损失 = ［（剩余财产 × 股权比例 − 股息所得）− 股权投资成本］× 适用税率

其中：股息所得指外商投资企业实现的全部留存收益归属于外国投资者的部分；适用税率 25% 或 10%（视情况而定），税收协定（或安排）中明确了优惠税率的，从其规定。

2. 清算企业的个人股东

所谓清算企业的个人股东指不适用于《企业所得税法》的合伙企业、个人独资企业以及国内自然人股东和外籍自然人股东。

（1）国内个人股东（含合伙企业、个人独资企业）

根据《国家税务总局关于个人终止投资经营收回款项征收个人所得税问题的公告》（国家税务总局公告［2011］41 号，下称“41 号公告”）的规定，个人因各种原因终止投资、联营、经营合作等行为，从被投资企业或合作项目、被投资企业的其他投资者以及合作项目的经营合作人取得股权转让收入、违约金、补偿金、赔偿金及以其他名目收回的款项等，均属于个人所得税应税收入，应按照“财产转让所得”项目适用的规定计算缴纳个人所得税。41 号公告规定表明，国内个人股东从清算企业分得的剩余财产的金额，不再区分股息所得和股权转让所得，一律按照“财产转让所得”计算个人所得税。根据《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告 2014 年第 67 号，下称“67 号公告”）第三条规定，个人股权转让行为包括公司回购股权。根据 67 号公告第十五条的规定：“个人转让股权的原值依照以下方法确认：……（二）以非货币性资产出资方式取得的股权，按照税务机关认可或核定的投资入股时非货币性资产价格与取得股权直接相关的合理税费之和确认股权原值；……（四）被投资企业以资本公积、盈余公积、未分配利润转增股本，个人股东已依法缴纳个人所得税的，以转增额和相关税费之和确认其新转增股本的股权原值；……”因此，个人撤资或被投资企业清算时，如果个人股东已依法缴纳个人所得税的话，允许扣除的计税基础包括累积盈余转增股本的金额。个人股东应纳

税额由清算企业代扣代缴。

（2）外籍自然人股东

依据《财政部、国家税务总局关于个人所得税若干政策问题的通知》（财税字［1994］20号）第二条第（八）项规定，外籍个人从外商投资企业取得的股息、红利所得，暂免征收个人所得税。因此，若股东为外籍个人，其取得的企业剩余财产中分配的累计未分配利润和累计盈余公积中应当分得的部分，暂免征个人所得税。外籍个人从外商投资企业取得的清算股权投资转让所得部分依法征收个人所得税。但是，外籍自然人股东从境内非外商投资企业在香港发行股票取得的股息红利所得，根据《国家税务总局关于国税发［1993］045号文件废止后有关个人所得税征管问题的通知》（国税函［2011］348号）的规定，应按照"利息、股息、红利所得"项目，由扣缴义务人依法代扣代缴个人所得税。①

还需要注意的是，在适用前述股东股息所得公式时，需要解决如下疑难问题：

【疑难解析33－4】在确定股东可享受免税股息时，企业清算层面确认的清算所得税后留存收益是否应计入考虑？

实践中，如果企业层面确定清算所得并计算企业所得税之后，剩余的清算所得部分是否应纳入留存收益用于计算股东层面的免税股息？譬如，在【例33－1】中，清算所得为880万元，应纳税所得额为580万元，企业所得税为145万元，则还将剩余留存收益435万元（580×75%），该435万元是否应纳入计算股东的免税股息呢？笔者认为，按照税法原理以及保持一致性的原则，该部分金额应计入留存收益部分用于计算股东层面的免税股息。理由在于，既然在企业层面已经计算出清算所得并计算缴纳企业所得税，而在计算剩余财产金额时，采用资产可变现价值或交易价格减去清算所得税额及其他扣除项目的方式计算出了剩余财产金额，该剩余财产金额实际已经包含该留存收益部分在里面，理应纳入免税股息的计算，而不能仅仅根据会计上的留存收益数额来进行计算。

下面，笔者以如下例子来进行说明：

【例33－2】普通清算——股东层面的清算

基本事实同【例33－1】。同时，假定甲企业的股东为A公司和B公司，各持股60%和40%，初始的投资成本为720万元和480万元。甲企业的所有者权益如下表（单位：万元）：

---

① 笔者注：有关内容请读者参阅本书"专题30：对境外投资者股息分配的所得税问题"。

所有者权益	金额
实收资本	800
资本公积（资本溢价）	400
盈余公积	0
未分配利润	200
合计	1400

【解析】1. 甲企业可以向股东分配的剩余财产＝资产可变现价值或交易价格－清算费用－职工工资－社会保险费用－法定补偿金－清算税金及附加－清算所得税额－以前年度欠税额－其他债务＝5650－100－150－20－145－4410＝825（万元）；

2. 甲企业留存收益金额为635万元［200＋（580×75%）］。则：

A公司的投资利亏＝（825－635）×60%－720＝－606（万元）

B公司的投资利亏＝（825－635）×60%－480＝－404（万元）

上述A公司和B公司股东的投资损失可根据《财政部、国家税务总局关于企业资产损失税前扣除政策的通知》（财税［2009］57号）第六条第（一）项之规定进行损失的税前扣除。

五、企业清算其他税种的涉税分析

企业清算除了涉及企业所得税之外，还涉及增值税、营改增、印花税、契税、个人所得税等其他税种。介绍如下：

（一）增值税

在企业清算过程中，清算企业往往需要处置原有存货（包括企业生产的产品或外购货物、原辅材料等）等，如前所述，一般会有两种方式：其一，清算企业将该等存货直接出售/处置给无关联的第三方；其二，清算企业将该等存货作为实物资产分配给股东。对于第一种方式，仍应按正常经营一样进行增值税处理；对于第二种方式，应视为企业股东投资的收回或利润的分配。这属于《增值税暂行条例实施细则》第四条第（七）项规定的“将自产、委托加工或购买的货物分配给股东或投资者”情形，应当按照视同销售计算增值税销项税额。

【疑难解析33－5】企业清算时，存货可能存在的留抵税额如何处理？

在实务中，有一个疑难问题就是存货可能存在的留抵税额的处理。依据《财政部 国家税务总局关于增值税若干政策的通知》（财税［2005］165号）第

六条规定："一般纳税人注销或被取消辅导期一般纳税人资格，转为小规模纳税人时，其存货不作进项税额转出处理，其留抵税额也不予以退税。"

在实务中，对此规定持有两种不同观点：一种观点认为该条款普遍适用于一般纳税人注销时；另一种观点认为，该条款仅适用于一般纳税人注销并转为小规模纳税人时。从财税［2005］165号文文理及税法原理上分析，笔者赞同第二种观点。因为，清算企业处置或分配存货时可以计算增值税销项税额并以它来抵减留抵税额，留抵税额抵顶完毕的，需缴纳增值税。留抵税金未抵减完毕并将存货和已抵扣进项税金的固定资产作为剩余财产向股东分配时如何处理？对此，《国家税务总局关于企业破产、倒闭、解散、停业后增值税留抵税额处理问题的批复》（国税函［1998］429号）中规定："对因破产、倒闭、解散、停业而注销税务登记的企业，其原有的留抵税额的处理问题，《国家税务总局关于印发〈增值税问题解答（之一）〉的通知》（国税函发［1995］288号）已明确法规：纳税人破产、倒闭、解散、停业后，其期初存货中尚未抵扣的已征税款，以及征税后出现的进项税额大于销项税额后不足抵扣部分（即留抵税额），税务机关不再退税。"

需要说明的是，增值税留抵税额在资产负债表中"应交税费"科目核算，属于"应交税费"的负数余额。鉴于留抵税额属于"应交税费"的一项内容，应作为"负债清偿损益"处理。应将其填入《企业清算所得税申报表填报说明》（国税函［2009］388号）附表二《负债清偿损益明细表》第九行"应交税费"中，并以此在清算申报表主表第二行"负债清偿损益"中反映。尽管《企业清算所得税申报表》包括"清算税金及附加"项目，清算税金及附加主要指清算环节发生的除企业所得税和允许抵扣的增值税以外的各项税金及其附加，企业清算环节缴纳的增值税无法在本企业抵扣，不再将其作为价外税，而是允许作为"清算税金及附加"处理。如果企业清算时已经没有存货和已抵扣进项税金的固定资产，直接将剩余财产向股东分配时，税务机关对留抵税金不再退税，将其填入《企业清算所得税申报表填报说明》附表二《负债清偿损益明细表》第九行"应交税费"。

除此之外，我们还需要注意2011年第13号公告规定："纳税人在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人，不属于增值税的征税范围，其中涉及的货物转让，不征收增值税。"因此，在重组性企业清算（合并、资产收购中目标企业清算）中，清算企业（目标企业）在向收购企业

转让资产时不涉及增值税征收的问题。但是，对于清算企业将剩余的财产（包括应税重组交易中，收购企业向清算企业支付的对价）向股东进行分配时，其中涉及的货物转让应当按照上述规则进行处理，即应当计算缴纳增值税。

（二）营改增

根据36号文的规定，在营改增之后（2016年5月1日之后），在企业清算过程中，清算企业处置不动产，包括房屋、建筑物、构筑物以及地面附着物，按“销售不动产”项目缴纳增值税。转让土地使用权的行为，应当按“转让无形资产”项目缴纳增值税。如前文所述，36号文附件3《营改增试点事项规定》第一条第（二）项第5点规定：“在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位和个人，其中涉及的不动产、土地使用权转让行为。”该规定针对资产重组过程中涉及的无形资产中的土地使用权作出了不征税规定。但如果清算企业的剩余财产中涉及不动产、无形资产向股东分配时，应当依法缴纳增值税。

（三）土地增值税

在企业的清算中，对清算企业处置房屋、建筑物、构筑物以及地面附着物及转让土地使用权取得的收入，应当依法缴纳土地增值税。如果清算企业的剩余财产中涉及房地产向股东分配时（尽管在企业重组实务中通常不会出现这样的情况），应当依法缴纳土地增值税。

（四）印花税

根据《中华人民共和国印花税暂行条例》第一条规定，在中华人民共和国境内书立、领受条例所列举凭证的单位和个人，都是印花税的纳税义务人，应当按照该条例规定缴纳印花税。该条例第二条规定，下列凭证为应纳税凭证：（一）购销、加工承揽、建设工程承包、财产租赁、货物运输、仓储保管、借款、财产保险、技术合同或者具有合同性质的凭证；（二）产权转移书据；（三）营业账簿；（四）权利、许可证照；（五）经财政部确定征税的其他凭证。通常，在企业清算中，清算企业处置资产时往往会涉及上述的第（一）、（二）、（四）项，应当依法交纳印花税。

（五）契税

根据《中华人民共和国契税暂行条例》第一条规定，在中华人民共和国境内转移土地、房屋权属，承受的单位和个人为契税的纳税人，应当依照本条例

的规定缴纳契税。该条例第二条规定，本条例所称转移土地、房屋权属是指下列行为：（一）国有土地使用权出让；（二）土地使用权转让，包括出售、赠与和交换；（三）房屋买卖；（四）房屋赠与；（五）房屋交换。前款第二项土地使用权转让，不包括农村集体土地承包经营权的转移。依据前述规定，企业重组清算交易中可能涉及征收契税的交易主要包括上述列举的第（二）、（三）项。

（六）个人所得税

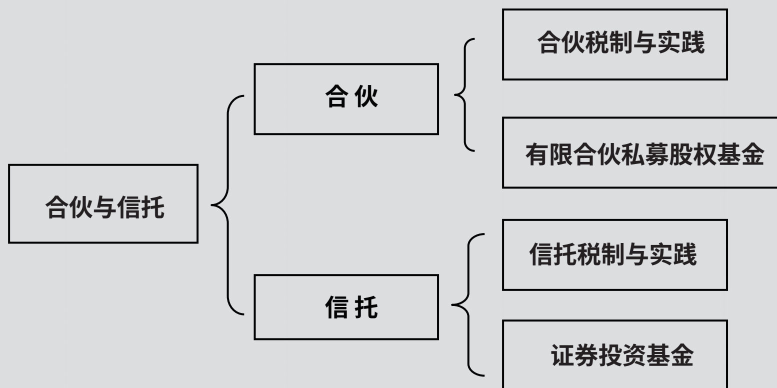
在企业清算过程中，企业一般都存在向职工清偿欠发工资、与职工解除劳动合同而支付的一次性补偿金、生活补助费和其他补助费用等，以及按照国家和地方政府规定的比例补缴住房公积金、医疗保险费、基本养老保险费、失业保险费等情况，这种情况下，职工是否缴纳个人所得税？依据《国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收俱所得税问题的通知》（国税发［1999］178 号）的规定："对于个人因解除劳动合同而取得一次性经济补偿收入，应按'工资、薪金所得'项目计征个人所得税。"但是，随后的《财政部国家税务总局关于个人与用人单位解除劳动关系取得的一次性补偿收入征免个人所得税问题的通知》（财税［2001］157 号）的规定："个人因与用人单位解除劳动关系而取得的一次性补偿收入（包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费用），其收入在当地上年职工平均工资 3 倍数额以内的部分，免征个人所得税；超过的部分按照《国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收个人所得税问题的通知》（国税发［1999］178 号）的有关规定，计算征收个人所得税。"此外，财税［2001］157 号还规定："企业依照国家有关法律规定宣告破产，企业职工从该破产企业取得的一次性安置费收入，免征个人所得税。"

此外，如前所述，在企业清算中，如果股东属于个人股东的话，还可能就该等个人股东回收投资的所得缴纳个人所得税。

第五篇　合伙与信托

本篇综述

在资本交易中，公司是最常见的投资并购重组的平台。但随着经济生活及法律法规的发展，合伙和信托已经扮演了越来越重要的角色。譬如，在 PE/VC 投融资、跨境并购重组、境外红筹架构、股权激励代持、代持股、投资基金以及信托投融资等领域，合伙或信托无疑具有公司主体所不具有的特定优势，包括税收领域的优势。在本篇中，笔者将其总结为下图作为本篇总领之提纲：



本篇主要对合伙和信托的税务处理问题进行介绍。主要内容包括：合伙税制及实践、有限合伙私募股权基金的税务问题、信托税制及实践以及证券投资基金的税务问题。

有关股权激励代持、跨境并购重组、境外红筹架构、代持股以及信托股权投资的内容，请读者参阅相关专题的内容。

专题 34：合伙税制与实践

内容概览

在本书前述专题中，笔者主要以企业（公司）为主体进行了有关税务问题的探讨，但随着我国创业投资、私募股权、风险投资行业的发展，越来越多的投资者采用合伙作为这些领域投资和管理的载体和平台。在我国，合伙的法律法规层面的规范已经基本形成，但在税收领域则并不完善，鉴于此及考虑到美国合伙税制的完备性，本专题将主要借鉴美国合伙税制的理论和一些基本制度设计，针对我国合伙税制及其实践进行讨论，并提出建议。本专题主要包括如下内容：

■ 合伙的概念、法律特征及其类型

■ 合伙所得税制的基础理论及其框架体系

■ 我国合伙所得税制的基本规定及其实践

■ 我国合伙所得税制亟待完善和明确的问题

■ 合伙企业转让上市公司股票的个人所得税、营业税问题

一、合伙的概念、法律特征及其类型

（一）合伙的概念及其法律特征

从理论上讲，一个合伙是指由两个或以上自然人、法人和其他组织为从事一个贸易或营业而各自投入现金、财产、劳务或技能，并共担风险、共负盈亏的一个联合（association）。根据《中华人民共和国合伙企业法》（国家主席令第55号，下称“《合伙企业法》”）第二条规定，合伙企业是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。该规定意味着，我国的合伙企业，是指由两个或以上的自然人、法人和其他组织依照《合伙企业法》在中国境内设立的，通过订立合伙协议，共同出资经营、共负盈亏、共担风险的企业组织形式 。

普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。《合伙企业法》对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

（二）合伙的类型

在美国合伙法律中，合伙通常包括如下类型：普通合伙（General Partnership，“GP”）、有限合伙（Limited Partnership，“LP”）、有限责任合伙（Limited Liability Partnership，“LLP”）、有限责任有限合伙（Limited Liability Limited Partnership，“LLLP”）。显然，在我国合伙法律中，仅仅存在普通合伙和有限合伙。[①] 笔者将前述合伙类型的主要法律特征总结如下：

表 34－1：合伙的类型及其主要法律特征

合伙的类型	主要法律特征
普通合伙（GP）	2 个或以上普通合伙人组建，不存在有限合伙人；普通合伙人对合伙的债务承担无限连带责任；普通合伙人因其他普通合伙人玩忽职守、渎职等不法行为对合伙承担赔偿责任，即使该合伙人并未涉及该不法行为；普通合伙人通常都参与合伙的经营管理。
有限合伙（LP）	至少存在 1 个普通合伙人和 1 个或以上有限合伙人；普通合伙人通常是公司或其他组织，有限合伙人通常是财务投资人、PE/VC 投资基金、房地产投资人等；普通合伙人对合伙承担无限连带责任，有限合伙人对合伙以其出资额承担有限责任；普通合伙人通常经营管理合伙，有限合伙人一般不参与经营管理。
有限责任合伙（LLP）	有限责任合伙基本类似于有限合伙，其与有限合伙的主要的区别在于：前者的普通合伙人并不对其他合伙人的玩忽职守、渎职等不法行为而承担个人责任；有限责任合伙通常是以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构。譬如，会计师事务所、律师事务所以及诊所等。
有限责任有限合伙（LLLP）	有限责任有限合伙是有限合伙形式的一种扩展，其所有合伙人（不论是普通合伙人或有限合伙人）都仅承担有限责任。

① 笔者注：我国《合伙企业法》还规定了另外一种特殊类型的合伙，即“特殊的普通合伙企业”，类似于美国合伙法中的有限责任合伙。

二、合伙所得税制的基础理论及其框架体系

（一）合伙所得税制的基础理论——以美国合伙税制为中心

在世界各国的合伙税制（特别是美国合伙税制）中，存在两个最基本的理论："集合理论"（"Aggregate Concept"）和"实体理论"（"Entity Concept"）。这两个理论构成了合伙税制的基础，它实际决定了合伙企业的设立或组建（formation/contribution）、运营（operation）、应分配份额划分（allocation）、实际分配（distribution）以及清算（liquidation）中如何处理合伙企业、合伙人（包括个人合伙人和法人合伙人）的税收待遇问题。在各国合伙税制中，一般并不采用某个单一理论而通常是两个理论的混合。

1. 集合理论

合伙税制中的"集合理论"视一个合伙企业为一个全部合伙人的集合，并且视每个合伙人在合伙企业资产及其营业中直接拥有一个未分割的合伙权益。就税法之目的，在该理论下，一个合伙企业并不是一个税法上的个人，亦不是一个纳税主体。它仅仅是一个导管（"conduit"），仅仅是收入"穿透"或"穿越"（"pass through" or "flow through"）该合伙企业至合伙人的通道，从而在合伙人层面进行所得税纳税申报并完税。从此意义上讲，合伙企业通常被称为"透明体"，在税法上被忽略，就像它从来都不存在一样。集合理论反映了一个最根本的观点就是，合伙形式通常应该尽可能小地影响合伙人的税收待遇。因此，它通常适用于在一个非合伙形式交易情形下考虑一般的所得税原则来比较和处理合伙人的税收待遇。即是说，如果合伙人在合伙交易情形下的税收待遇不应受到合伙形式介入交易的影响而使得它的税收待遇发生变化。

【疑难问题34－1】集合理论下，合伙企业层面的单独列报并"穿透"划分项目——中美合伙税制的比较

在集合理论下，合伙企业层面的很多所得（incomes）、收益（gains）、损失（losses）、扣除（deductions）或抵免（credits）项目保持它们各自的税收属性，就像它们直接"穿透"到其合伙人层面一样。譬如，合伙企业的房地产净租赁收益或损失、利息收入、股息以及资本利得或利亏（capital gain or loss）、慈善捐赠等项目。这些项目在合伙企业层面将单独列报或报告是因为，它们属于消极所得并将通过不同的路径而可能影响任何两个合伙人的纳税义务。譬如，对不同合伙人的各种宽免（exclusions）、扣除和抵免等，必须直接穿透到合伙人层面而不能分配附带任何亏损、成本及费用项目以计算确定各合伙人的税负。当

合伙企业准备其纳税申报表时，各合伙人将单独计算这些项目。譬如，在美国联邦税法中，合伙企业将通过表 1065 中的附表 K[①] 单独列报合伙企业的慈善捐赠，并将该附表 K 按照各合伙人分别编制附表 K－1，报送 IRS[②] 以及各合伙人，各合伙人依据该等附表 K－1 在其纳税申报表中编制各自的附表 1040 或附表 1120。[③] 原因在于，各合伙人需要去计算它们各自的慈善捐赠的扣除限额。

在我国合伙税收政策中（详见后文），《国家税务总局关于〈关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉执行口径的通知》（国税函［2001］84 号）第二条明确，个人独资企业和合伙企业对外投资分回的利息或者股息、红利，不并入企业的收入，而应单独作为投资者个人取得的利息、股息、红利所得，按“利息、股息、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。显然上述规定体现了合伙税制中的“集合理论”。在该理论下，合伙企业不视为所得税法上的一个“实体”，而视为一个导管公司或者“透明体”。合伙企业取得的利息、股息、红利所得不计入合伙企业的收入，直接“穿透”到个人合伙人，并按照“利息、股息、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。

【疑难问题 34－2】集合理论下，合伙人的资本权益（capital interest）和利润（亏损）权益（profits（loss）interest）——中美合伙税制的比较

在合伙税制中，另外一个典型的集合理论应用的例子就是，各合伙人一般在合伙企业中拥有一个资本权益和一个利润（亏损）权益。资本权益是指一个合伙企业在完全清算中可以获得收益的一个权益。即，如果合伙企业将资产以公允价值出售或处置，并随后将该等资产收益在其完全清算中分配的话，合伙人可以分享该收益的一个权利。通常，一个资本权益应在合伙人投入财产、合伙企业收到合伙财产时就应该作出确定。同时，它通常按照合伙人的资本份额比例（即合伙人在合伙中资本所有权的百分比）来确定。利润（亏损）权益通常是指合伙人对合伙企业当期营业成果享有的权益，其通常由合伙协议规定，并被用于确定合伙人对合伙企业的普通应税所得（损失）（ordinary taxable income（loss））[④] 和单独列报项目的分配。

在我国合伙税收政策中（详见后文），对于资本权益，仅仅在《财政部、国

---

① 笔者注：请读者参阅 Form 1065：U. S. Return of Partnership Income，Schedule K，Line 13a.

② IRS 系 Internal Revenue Service 的缩写，翻译为美国国家税务局或美国国内收入局。

③ 笔者注：个人合伙人为 Form 1040：U. S. Individual Income Tax Return；法人合伙人为 Form 1120：U. S. Corporation Income Tax Return。

④ 笔者注：类似于我国的应纳税所得额（损失），之所以称之为普通应税所得（损失）是与资本利得（利亏）相对应，两者对于个人合伙人而言，存在税率差异。

家税务总局关于印发〈关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉的通知》（财税［2000］91号）第十六条明确，企业进行清算时，投资者应当在注销工商登记之前，向主管税务机关结清有关税务事宜。企业的清算所得应当视为年度生产经营所得，由投资者依法缴纳个人所得税。前款所称清算所得，是指企业清算时的全部资产或者财产的公允价值扣除各项清算费用、损失、负债、以前年度留存的利润后，超过实缴资本的部分。对于利润（亏损）权益则在前述国税函［2001］84号第二条明确了股息、红利及利息的直接穿透划分。但需要注意的是，财税［2000］91号第十六条所规定的资本权益的计算要扣除以前年度留存的利润来确定，从税法原理上是没有道理的，因为以前年度留存的利润已经划分到合伙人层面进行应税，在计算清算所得时并不需要考虑扣除的问题，因为合伙人在前期应税时应调整其合伙权益的计税基础予以反映。

2. 实体理论

在“实体理论”下，一个合伙企业在税法上被视为一个独立的“实体”（“entity”），它具有自己独立的财产和营业，合伙人持有的合伙企业权益视为一个整体。简单地讲，该理论类似于企业（公司）实体理论，与《企业所得税法》上的法人企业类似。因此，一个合伙企业在税法上属于一个个人，合伙企业运营的收入、所得、扣除、抵免以及成本、费用、损失等项目最初应先在合伙企业实体层面进行归集、确定并计算合伙企业层面的应纳税所得额，并随后将应纳税所得额按照合伙人的权益份额分配到合伙人层面。我们可以清晰地看到，实体理论与集合理论的区别在于，前者将合伙企业视为税法上的一个实体，在合伙企业实体层面归集、计算应分配各合伙人的应纳税所得额，这实际也意味着将其视为一个类似于企业实体，允许其扣除成本、费用及损失等；[①] 但后者则显然不是这样，在集合理论下，合伙企业就是“透明体”，合伙企业的收入将直接“穿透”合伙企业并不得进行任何扣除而分至合伙人。两者的相同点是，合伙企业最终都不是纳税主体，税负最终都将落在合伙人层面。

【疑难问题34－3】 实体理论下，合伙企业层面的归集合并项目

与在集合理论下合伙企业需要单独列报并直接划分到合伙人不同，在实体

---

① 笔者注：实体理论一般适用于合伙企业自身从事的积极的、活跃的贸易或营业的归集、计算，但并不适用于组合投资、消极所得（譬如，股权投资收益、租赁房地产租金）等，后者一般适用集合理论，直接在合伙企业单独列示，并按照权益份额直接划分给合伙人。需要注意的是，即使合伙企业专门从事的就是股权投资主营业务，除非税法另有规定，这也并不意味着股息等所得就是积极所得，因为它本身并不是合伙企业从事积极的“贸易或营业”获得的所得。

理论下，一般地，合伙企业将归集、合并其贸易或营业活动（trade or business activities）相关的收入和成本、费用为一个单独的所得或亏损，并随后将它们穿透划分给各合伙人。譬如，一个合伙企业自身从事营业的销售收入、销售成本、雇员薪金、可以抵扣的成本、费用等项目等，但通常不包括合伙企业的房地产租金收益、利息收入、股息收益以及资本出售或处置的资本利得或利亏等项目，因为这些项目需要单独列报并直接划分至合伙人。实体理论的另外一个典型的例子是，在合伙企业设立时，合伙企业将获得合伙人投入的财产，而这些财产将转变为合伙财产并将具有其内部的计税基础。

在我国合伙税收政策中（详见后文），实体理论最主要的典型体现是，《财政部、国家税务总局关于印发〈关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉的通知》（财税［2000］91号）第四条明确规定，个人独资企业和合伙企业（以下简称企业）每一纳税年度的收入总额减除成本、费用以及损失后的余额，作为投资者个人的生产经营所得，比照个人所得税法的“个体工商户的生产经营所得”应税项目，适用5%－35%的五级超额累进税率，计算征收个人所得税。该规定实际就是对合伙企业的贸易或营业的收入、成本和费用在合伙层面归集计算应纳税所得额的规定。

3. 收益或损失的确认以及计税基础（Tax Basis）的确定

与公司税制类似，在合伙税制中也存在两个计税基础：合伙人资本权益的外部计税基础（Outside basis）和合伙企业持有财产的内部计税基础（Inside basis）。合伙人在向合伙企业投入合伙资本后将获得一个资本权益，该资本权益的计税基础被称为外部计税基础，而合伙企业获得投入财产时以及持续经营过程中这些财产具有的计税基础则被称为内部计税基础。在大多数情形下（特别是合伙企业设立时），合伙企业在其资产上的内部计税基础等于合伙人在合伙企业资本权益上的外部计税基础。

需要注意的是，从美国合伙税制来考察，合伙税制中资本权益的外部计税基础与公司税制中股权或股份的计税基础具有一个重大的不同。即，在公司税制下，股东持有的公司股权或股份的外部计税基础一般在整个公司正常运营期间内保持不变，但公司减资或撤资的除外。但在合伙税制中则明显不同，合伙人持有的合伙企业的资本权益的计税基础在合伙企业存续期间是动态调整的。有关税制的内容主要包括如下几点：

一是，通常情况下，合伙人投入财产到合伙企业时，不确认任何所得或损失。[①] 合伙人取得的合伙资本权益的外部计税基础等于现金的金额、其他非现金财产的计税基础和投入时确认的收益（若有）之和；[②] 合伙企业取得的投入财产的计税基础等于该等财产的计税基础与投入时确认的收益（若有）之和。[③]

二是，当合伙人在合伙企业的负债份额增加或者其实际承担合伙企业的债务时，视为该合伙人对合伙企业的一个现金的资本投入；当合伙人在合伙企业的负债份额减少或者合伙企业实际承担了合伙人的债务时，视为合伙企业对该合伙人的一个现金的分配。[④]

让我们以如下例子来说明合伙人资本投入时相关计税基础的确定。

【例 34 - 1】合伙人对合伙企业财产投入时的所得税税务处理

假定，自然人 A 向合伙企业投入了一块价值 $60,000 的土地（计税基础为 $30,000）。该合伙企业承担了 A 购买该土地时发生的 $15,000 负债。同时，A 在合伙企业承担的债务份额为 20%。合伙企业在 A 投资之前负有 $4,000 的债务。则 A 在该合伙企业的合伙权益计税基础计算如下：

投入土地的计税基础	$30,000
+ A 投入时确认的所得	0
+ A 承担的投入前的合伙企业债务份额	800（$4,000 × 20%）
- 合伙企业其他合伙人承担的 A 的债务份额	(12,000)（$15,000 × 80%）
A 的合伙权益的计税基础	$18,800

需要说明的是，关于合伙企业债务的承担的计算，实质还可以分解为两个部分：一是，合伙企业对 A 债务 $15,000 的承担，视为合伙企业对 A 的现金分配，应调减其合伙权益的计税基础（详见后文第三点所述）；二是，A 自身对合伙企业对其 $15,000 负债承担应划分的份额为 $3,000（$15,000 × 20%），应调增其合伙权益的计税基础，这两者合计对 A 的合伙权益的计税基础的影响实质是合伙企业其他合伙人承担的 A 的债务份额 $12,000（$15,000 × 80%）。

三是，当合伙企业层面的收入或所得［应分配份额（distributive share）[⑤] 的增加］穿透划分（allocation）给合伙人时，合伙人在资本权益上的计税基础将

① 26 USC § 721: Nonrecognition of gain or loss on contribution.

② 26 USC § 722: Basis of contributing partner's interest.

③ 26 USC § 723: Basis of property contributed to partnership.

④ 26 USC § 752: Treatment of certain liabilities.

⑤ 26 USC § 704: Partner's distributive share.

相应调增；类似地，当一个扣除或损失（应分配份额的减少）被穿透划分给合伙人时，其在资本权益上的计税基础将相应调减。[①]

笔者以下例来说明合伙企业应分配份额划分对合伙人相关合伙权益计税基础的影响。

【例34－2】合伙企业对应分配份额的划分及合伙人外部计税基础的调整

自然人A向ABC合伙投入一块计税基础为＄60,000的土地换取了40%的合伙权益。在2014年，ABC产生了＄200,000的应税所得。因为ABC需要资本去进行业务扩展和偿还债务，因此在2014年ABC并没有进行任何的实际分配。A在2014年应将＄80,000（200,000×40%）所得计入其应纳税所得中，即使ABC在该年度没有进行任何的实际分配。

在A投入土地时，A持有ABC合伙的资本权益的外部计税基础为＄60,000，该土地在ABC手中的内部计税基础也为＄60,000。当A在2014年纳税申报表中申报了＄80,000的应税所得后，他在ABC中的资本权益的外部计税基础应当调增为＄140,000（＄60,000＋＄80,000）。

假定，在2015年1月，A以＄140,000元的价格出售其在ABC中的合伙权益，他将不确认任何所得或损失。事实上，如果对A在ABC中的合伙权益的计税基础不进行调整的话，则在合伙权益处置中，他将另外确认处置所得＝＄140,000－＄60,000＝＄80,000。我们发现，如果不进行调整的话，合伙企业层面的应税所得＄80,000元将面临双重征税。

四是，当合伙企业对合伙人实际分配现金或非现金财产时，视为合伙人对资本权益的回收而调减资本权益的计税基础（但不得低于零），[②] 如果现金等项目超过资本权益的计税基础的部分，合伙人将确认收益；[③] 合伙人取得的非现金财产的计税基础以该财产在合伙企业手中的计税基础确定，但不得超过该合伙人的合伙权益的调整后计税基础减去在同一交易中被分配的任何现金金额；[④] 当合伙企业对合伙人实际分配债务或亏损时，视为合伙人对合伙企业的现金投入后合伙企业用于偿还债务，合伙人的资本权益的计税基础调增。这样进行调整的目的在于确保这些被划分的项目仅仅被征税一次，同时避免合伙人以合伙企业的形式将资产出售或交换的交易伪装为合伙企业的设立和分配交易从而享受

---

① 26 USC § 705：Determination of basis of partner's interest.

② 26 USC § 733：Basis of distributee partner's interest.

③ 26 USC § 731：Extent of recognition of gain or loss on distribution.

④ 26 USC § 732：Basis of distributed property other than money.

免税待遇。

笔者以下例来说明合伙企业实际对合伙人进行现金和非现金财产分配时对其合伙权益计税基础的影响。

【例 34－3】合伙企业对合伙人实际分配及合伙人外部计税基础的调整

情形一：假定，自然人 A 在 ABC 合伙企业拥有25%的合伙权益。在本年 12 月 31 日，他的合伙权益的计税基础为 $40,000（公允价值为 $70,000）。在该日，合伙企业对 A 分配了 $25,000 的现金。合伙人 A 和合伙企业皆不确认任何所得。因为该现金分配实质是对 A 合伙权益的计税基础的回收，应调减 A 合伙权益的计税基础至 $15,000（$40,000－$25,000），A 合伙权益的公允价值调减至 $45,000（$70,000－$25,000）。

情形二：假定，有关基本事实同情形一，除了合伙企业向 A 分配了 $25,000 的现金和公允价值为 $30,000（在合伙企业手中计税基础为 $13,000）的土地。合伙人 A 和合伙企业皆不确认任何所得。因为，A 的合伙权益的计税基础调减至 $2,000［$40,000－（$25,000＋$13,000）］，并且在获得的土地上取得一个结转的计税基础 $13,000。A 合伙权益的公允价值调减至 $15,000［（$70,000－（$25,000＋$30,000）］。

五是，当合伙人在合伙企业的权益出售或交换时，出让合伙人应确认收益或损失。其金额为合伙权益已实现金额（或出售价格）与合伙权益计税基础之间的差额。[①] 受让合伙人取得的合伙权益的计税基础为其实际购买成本。[②]

笔者以下例来说明合伙人转让合伙权益的税务处理。

【例 34－4】合伙人处置合伙权益的税务处理

基本事实见【例 34－3】情形二。

假定，A 以 $70,000 的价格出售了其合伙权益而不是收取前述分配，则他将实现和确认所得 $30,000（$70,000－$40,000）。

假定，A 在接受前述分配之后，于第二年 1 月 1 日出售了该土地和合伙权益，则因为他在前述分配时并未确认任何所得或损失，因此他依然在合伙权益上持有 $30,000 的递延收益并未实现和确认。在出售时，他在土地上将实现和确认收益 $17,000（$3,0000－$13,000），在合伙权益上将实现和确认收益 $13,000（$15,000－$2,000），A 实现和确认的总收益为 $30,000，与前述最初递延收益的金额相等。

---

① 26 USC § 741：Recognition and character of gain or loss on sale or exchange.

② 26 USC § 742：Basis of transferee partner’s interest.

六是，当合伙人撤资或清算分配时，有关收益确认的规则与前述运营过程中的规则相同。但与前述运营过程中不得确认损失不同，在清算分配中，合伙人可以确认损失。损失确认的金额等于合伙人合伙权益的计税基础与其收到的现金和应收款项、存货的计税基础之和之间的差额。[①] 合伙人取得非现金财产的计税基础的确定规则与运营过程中的规则相同，即以该等财产在合伙企业中的计税基础确定。[②]

笔者以下例来进行说明。

【例 34－5】清算分配中，合伙人的税务处理

假定，自然人 A 终止了其在 ABC 合伙企业的权益，终止时其合伙权益的计税基础为＄35,000。在清算分配中，他收到了＄10,000 现金和计税基础为＄12,000 的存货。在清算分配中，A 将确认损失＄13,000［＄35,000－(＄10,000＋＄12,000)］。A 取得的存货的计税基础为＄12,000。

（二）合伙所得税制的框架体系

事实上，与公司税制的框架体系类似，合伙所得税制的框架体系亦是建立在合伙企业生命周期理论基础之上。总体上看，合伙税制亦需要解决如下三大方面的问题：

一是，合伙企业的设立或组建（formation/contribution）。主要涉及合伙人对合伙企业的资本投入的税务问题；

二是，合伙企业的运营（operation）。主要包括合伙企业运营成果的归集、计算，合伙人的所得和抵免，合伙企业应分配份额（distributive share）的划分（allocation）及实际分配（distribution），以及合伙权益的出售（sale）或转让（transfer）；

三是，合伙企业的清算（liquidation）。主要涉及合伙企业及合伙人权益的清算分配的税务问题。

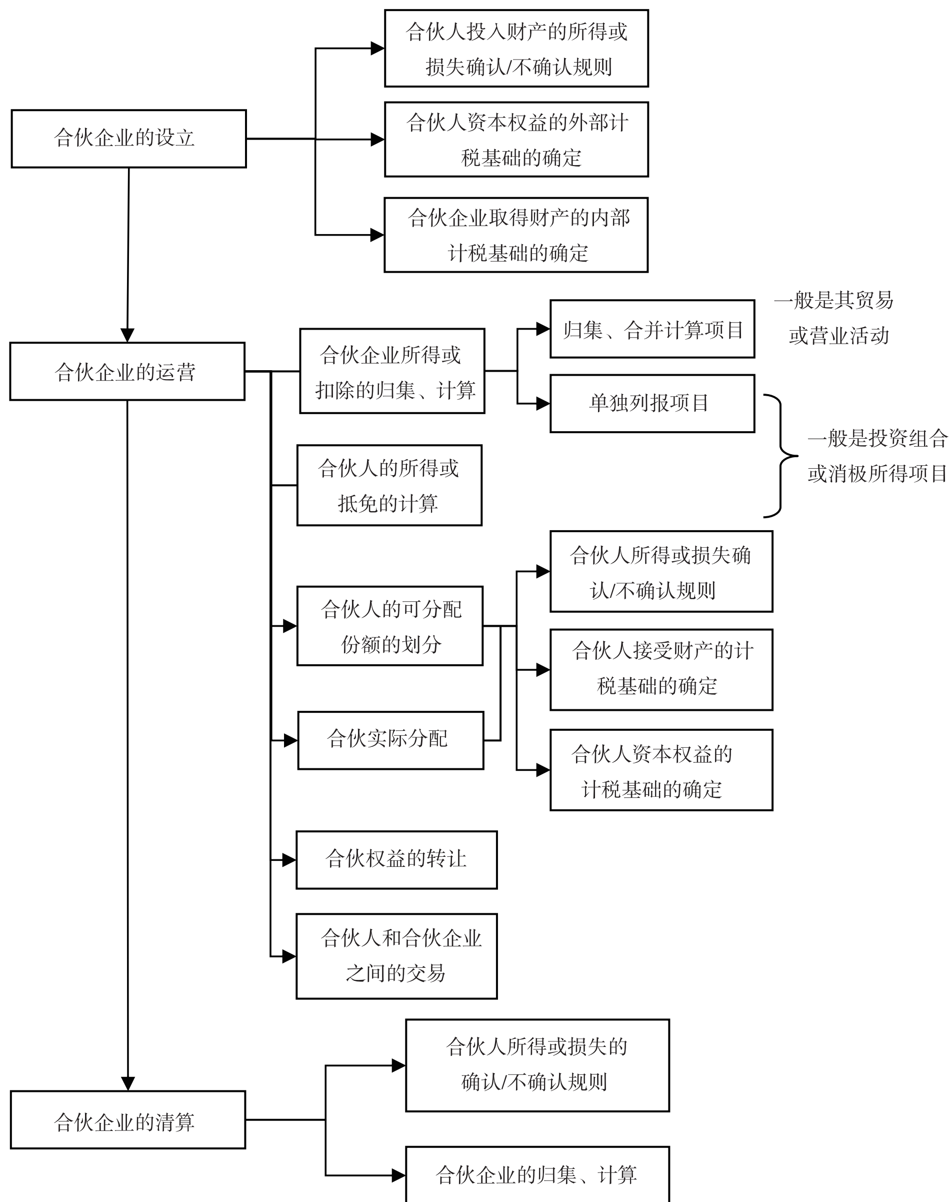
笔者将前述内容总结如下图：

---

① 26 USC § 732 (a) (2).

② 26 USC § 732 (c).

图 34－1：合伙所得税制的框架体系



注：除了上述主要的税法领域和规则之外，还应该考虑合伙及合伙人的纳税年度、纳税时间、资本账户计量、亏损扣除限额及结转利用以及一般反避税规则等。

三、我国合伙所得税制的基本规定及其实践

应该说，我国的合伙税制起源较早，但显得比较零散而不系统，在理论和

实践中都存在较多的“认识矛盾”、“空白”、“冲突”和“瑕疵”。

（一）我国合伙所得税制的演变及主要规定

1.《国务院关于个人独资企业和合伙企业征收所得税问题的通知》（国发［2000］16号，下称“16号文”）

16号文首次在国家法规层面明确了合伙企业不属于企业所得税的纳税主体，仅对合伙企业的投资人征收个人所得税。其规定：“为公平税负，支持和鼓励个人投资兴办企业，促进国民经济持续、快速、健康发展，国务院决定，自2000年1月1日起，对个人独资企业和合伙企业停止征收企业所得税，其投资者的生产经营所得，比照个体工商户的生产、经营所得征收个人所得税。具体税收政策和征税办法由国家财税主管部门另行制定。”遗憾的是，16号文仅仅明确了个人合伙人依法征收个人所得税的问题，而没有明确法人合伙人如何征收企业所得税的问题，这可能跟当时的合伙企业基本由个人合伙人设立有关。

2.《财政部 国家税务总局关于印发〈关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉的通知》（财税［2000］91号，下称“91号文”）

91号文实际是为了贯彻落实16号文的精神，由财政部和国家税务总局出台的关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定。其主要规定包括：

（1）合伙企业以每一个合伙人为纳税义务人；[①]

（2）合伙企业每一纳税年度的收入总额减除成本、费用以及损失后的余额，作为投资者个人的生产经营所得，比照《个人所得税法》的“个体工商户的生产经营所得”应税项目，适用5%—35%的五级超额累进税率，计算征收个人所得税；[②]

（3）投资者的费用扣除标准，由各省、自治区、直辖市地方税务局参照个人所得税法“工资、薪金所得”项目的费用扣除标准确定。投资者的工资不得在税前扣除；[③]

（4）投资者兴办两个或两个以上企业的（包括参与兴办），年度终了时，应汇总从所有企业取得的应纳税所得额，据此确定适用税率并计算缴纳应纳税款；[④]

---

① 参见91号文第三条。
② 参见91号文第四条。
③ 参见91号文第六条。
④ 参见91号文第十二条。

（5）企业的年度亏损，允许用本企业下一年度的生产经营所得弥补，下一年度所得不足弥补的，允许逐年延续弥补，但最长不得超过 5 年。投资者兴办两个或两个以上企业的，企业的年度经营亏损不能跨企业弥补。[1]

从上述规定可以看出，在个人所得税领域，合伙企业的个人投资者从合伙企业取得的所得按照从“合伙实体”划分的生产经营所得，比照个体工商户的生产、经营所得征收个人所得税。合伙企业运营中的收入、所得、损失和扣除以及抵免等最初先在合伙实体层面进行归集和确认，随后再按照个人投资人享有的份额划分到个人合伙人（不论是否实际分配）。这实质是采用了实体理论。当然，应当注意的是，上述政策出台时几乎考虑的仅是从事实体经营活动的合伙企业，譬如，从事生产、制造、销售等营业的合伙企业，而没有考虑后来出现的主要从事消极投资活动的有限合伙制创业投资企业。

3.《国家税务总局关于〈关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉执行口径的通知》（国税函［2001］84 号，下称“84 号文”）

84 号文最主要的规定是其第二条“关于个人独资企业和合伙企业对外投资分回利息、股息、红利的征税问题”。该条规定：“以个人独资企业和合伙企业对外投资分回的利息或者股息、红利，不并入企业的收入，而应单独作为投资者个人取得的利息、股息、红利所得，按‘利息、股息、红利所得’应税项目计算缴纳个人所得税。”

84 号文首次明确了个人合伙人就合伙企业“利息、股息、红利”等对外投资收益分配所得可以保留其原有税法属性计算缴纳个人所得税。显然上述规定体现了合伙税制中的“集合理论”。在该理论下，合伙企业不视为所得税法上的一个“实体”（“entity”），而视为一个导管公司或者“透明体”。合伙企业取得的利息、股息、红利所得不计入合伙企业的收入，直接“穿透”到个人合伙人，并按照“利息、股息、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。

同时，84 号文部分地确立了合伙企业“先分后税”的原则，因而在一定程度上体现了合伙企业所得税“透明体”的特点，成为各地方政府出台的鼓励基金发展的税收政策中竞相援引的条文。但是，84 号文对合伙企业除“利息、股息、红利”等对外投资收益以外的其他消极所得（譬如，资产租赁收入、特许使用权许可费、股权转让收益等）在分配时是否同样保留其原有税法属性没有明确，这也成为各地方政府相关政策无法回避或刻意模糊之处。

---

① 参见 91 号文第十四条。通常认为该规定不利于鼓励投资者投资多个基金，因而也不利于专门投资于基金的基金（Fund of Fund）的发展。

4.《财政部 国家税务总局关于调整个体工商户个人独资企业和合伙企业个人所得税税前扣除标准有关问题的通知》（财税［2008］65 号，下称“65 号文”）和《财政部 国家税务总局关于调整个体工商户业主个人独资企业和合伙企业自然人投资者个人所得税费用扣除标准的通知》（财税［2011］62 号，下称“62 号通知”）

就合伙企业层面计算生产经营所得和其他所得的扣除问题，65 号文在 91 号文的基础上，作出了进一步的明确规定。主要内容包括：

（1）合伙企业向其从业人员实际支付的合理的工资、薪金支出，允许在税前据实扣除；[①]

（2）合伙企业拨缴的工会经费、发生的职工福利费、职工教育经费支出分别在工资薪金总额 2%、14%、2.5% 的标准内据实扣除；[②]

（3）合伙企业每一纳税年度发生的广告费和业务宣传费用不超过当年销售（营业）收入 15% 的部分，可据实扣除；超过部分，准予在以后纳税年度结转扣除；[③]

（4）合伙企业每一纳税年度发生的与其生产经营业务直接相关的业务招待费支出，按照发生额的 60% 扣除；但最高不得超过当年销售（营业）收入的 5‰。[④]

因此，65 号文就合伙企业层面发生的成本和费用的税前扣除标准在 91 号文的基础上进行了进一步细化和限制。

同时，62 号通知规定，合伙企业自然人投资者的生产经营所得依法计征个人所得税时，投资者本人的费用扣除标准统一确定为 42000 元/年（3500 元/月）；投资者的工资不得在税前扣除。显然，62 号通知只是在 91 号文的基础上，根据 2011 年《个人所得税法》的修改，相应地调整自然人投资者的费用扣除标准。

5.《财政部 国家税务总局关于合伙企业合伙人所得税问题的通知》（财税［2008］159 号，下称“159 号文”）

159 号文第二条明确规定，合伙企业以每一个合伙人为纳税义务人。合伙企业合伙人是自然人的，缴纳个人所得税；合伙人是法人和其他组织的，缴纳企业所得税。

---

① 参见 65 号文第二条。
② 参见 65 号文第三条。
③ 参见 65 号文第四条。
④ 参见 65 号文第五条。

159 号文的上述规定第一次针对法人和其他组织作为合伙企业合伙人的企业所得税问题做出了原则性规定。这一原则性规定始一出台在理论和实践中就引发了极大的争议。因为，从字面理解就是，该规定似乎意味着法人和其他组织从合伙企业取得的所有收入（包括股息、红利等权益性投资收益）均应缴纳企业所得税。但是，如果是在集合理论下，合伙企业视为“透明体”，则合伙企业从被投资企业获得的收益（包括股息、红利等权益性投资收益、股权转让收益以及其他消极所得）应该直接“穿透”到合伙人层面，即是说合伙企业在向合伙人分配时这些收益的税法性质应该是保持不变的。譬如，合伙企业从被投资企业取得的股息、红利等权益性投资收益在分配到法人合伙人时其税法属性依然将是股息、红利等权益性投资收益。此时，可以发现，根据《企业所得税法》第二十六条规定，符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益为企业的免税收入。因此，此时法人合伙人应当就此免征企业所得税。此外，前述的 84 号文在处理个人合伙人取得的来自于合伙企业的股息、红利所得不计入合伙企业收入，直接穿透视为个人合伙人的收入，税法性质仍然为股息、红利所得，从而按照“利息、股息、红利所得”（20%）应税项目计算缴纳个人所得税。159 号文没有区分法人及其他组织从合伙企业取得收入的类型和性质，笼统规定均应当缴纳企业所得税，显然与 84 号文的基本精神以及合伙所得税制的基本原理不符。

（二）我国合伙所得税制实践的几个问题

在前述合伙税法规定的基础上，笔者将在本部分介绍我国合伙税法实践中的一些主要问题。

1. 合伙企业的“先分后税”原则

我国 159 号文第一次明确了合伙税制的“先分后税”原则。该文第三条规定：“合伙企业生产经营所得和其他所得采取‘先分后税’的原则。具体应纳税所得额的计算按照《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》（财税［2000］91 号）及《财政部 国家税务总局关于调整个体工商户个人独资企业和合伙企业个人所得税税前扣除标准有关问题的通知》（财税［2008］65 号）的有关规定执行。前款所称生产经营所得和其他所得，包括合伙企业分配给所有合伙人的所得和企业当年留存的所得（利润）。”

从上述规定可以看出，所谓“先分后税”原则实质包含了如下三层涵义：

一是，合伙企业层面归集、计算应划分份额。在实体理论下，合伙企业应归集生产经营所得和其他所得、成本和费用以及亏损等，计算出本期应纳税所

得额。需要注意的是，合伙层面归集、计算的是应划分给合伙人的应纳税所得额，而不是我们通常在企业所得税法中的税后利润的分配；

二是，“先分”实质是指合伙企业应纳税所得额的划分，而不论是否实际分配，也不是税后利润之分配。划分的原则一般是按照合伙协议约定的分配比例确定（有关划分的原则详见下文介绍）；

三是，“后税”是指合伙人将划分至其名下的应纳税所得额并入其纳税申报表申报缴纳税收。如果合伙人是个人合伙人的，则按照个体工商户 5%—35% 的超额累进税率计算个人所得税；如合伙人是法人或其他组织，则按照适用税率计算企业所得税。

【例 34－6】合伙企业的“先分后税”

假定，合伙企业 X 从事货物销售营业，其合伙人为自然人 A 和 B，法人 C 和 D。根据合伙协议的约定，A、B、C 和 D 各自占有合伙权益比例为 25%，并且按照该比例承担风险和共享盈亏。X 在 2014 年末归集、计算的调整后的应纳税所得额为 1,000 万元，当年 X 实际分配了 200 万元现金给合伙人。

问题：各合伙人在 2014 年度应划分的应纳税所得额为多少？

【解析】根据 159 号文确定的“先分后税”原则，不论 X 合伙是否实际分配，各合伙人应该按照合伙协议约定的划分比例对 X 合伙 2014 年度应纳税所得额进行划分如下：A 和 B 应划分的应纳税所得额为 250 万，并按照个体工商户的税率计算应缴纳的个人所得税；C 和 D 应划分的应纳税所得额为 250 万元，并将该 250 万元并入当期应纳税所得额。

2. 合伙企业划分（分配）原则的确定

我们在“先分后税”原则介绍中提及了“先分”中的“分”应遵循的原则的问题，159 号文第四条对此进行了明确：“合伙企业的合伙人按照下列原则确定应纳税所得额：（一）合伙企业的合伙人以合伙企业的生产经营所得和其他所得，按照合伙协议约定的分配比例确定应纳税所得额。（二）合伙协议未约定或者约定不明确的，以全部生产经营所得和其他所得，按照合伙人协商决定的分配比例确定应纳税所得额。（三）协商不成的，以全部生产经营所得和其他所得，按照合伙人实缴出资比例确定应纳税所得额。（四）无法确定出资比例的，以全部生产经营所得和其他所得，按照合伙人数量平均计算每个合伙人的应纳税所得额。

合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人。”

上述规定实质对合伙企业划分（分配）的原则顺序明确为：合伙协议约定、

合伙人协商决定、按照合伙人实缴出资比例确定和按照合伙人数量平均计算。同时，该条还规定，合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人，这实际是合伙企业共担风险、共享盈亏的要求，也是一个反避税的要求。

【例 34－7】159 号文确定的划分原则顺序存在的“避税空间”

尽管 159 号文第四条第二款“合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人”的规定是一个反避税的规定，但是这样的反避税规定显得并不完善。尽管 91 号文第十四条第一款“企业的年度亏损，允许用本企业下一年度的生产经营所得弥补，下一年度所得不足弥补的，允许逐年延续弥补，但最长不得超过 5 年”的规定“赌死”了合伙人利用合伙企业亏损划分至合伙人以获取抵税效应的可能，但 159 号文第四条第一款有关划分原则顺序的规定并没有“堵死”通过合伙协议约定划分应纳税所得额到“亏损”合伙人的避税通道。譬如，某一合伙企业由自然人 A 和公司 B 合伙设立，合伙协议约定，各自享有 50% 和 50% 的合伙权益。在某年，合伙企业获得了经营所得，但如果按照 50% 和 50% 的比例划分的话，则自然人 A 将适用更高的税率，同时公司 B 当年还存在大量的未弥补亏损将要到期。因此，A 和 B 协商对合伙协议作出了补充规定，将经营所得的分配比例调整为 40% 和 60%，则按照调整后的比例，A 将降低一个税级适用较低的税率，减少了个人所得税；同时，公司 B 将获得更多的应纳税所得额的划分，将被用于即将于当年到期的未弥补亏损，减少了企业所得税。

3. 合伙企业应纳税所得额的计算

（1）合伙企业的生产经营所得的计算

根据 91 号文第四条的规定：“个人独资企业和合伙企业（以下简称企业）每一纳税年度的收入总额减除成本、费用以及损失后的余额，作为投资者个人的生产经营所得，比照个人所得税法的‘个体工商户的生产经营所得’应税项目，适用 5% －35% 的五级超额累进税率，计算征收个人所得税。前款所称收入总额，是指企业从事生产经营以及与生产经营有关的活动所取得的各项收入，包括商品（产品）销售收入、营运收入、劳务服务收入、工程价款收入、财产出租或转让收入、利息收入、其他业务收入和营业外收入。”

从上述规定可以看出，合伙企业的收入总额是一个广义的收入总额的概念，它不但包括与合伙企业生产经营活动直接相关的各种积极的收入，还包括财产出租或转让收入、利息收入以及其他营业外收入等消极收入。如前所述，84 号文的后续规定将部分消极所得项目“剔除”出了合伙层面收入总额的范围，但做得并不彻底。

（2）合伙企业的税前扣除标准

合伙企业的所得税税前扣除标准的主要依据是65号文和62号通知，我们可以看出，事实上，合伙企业的税前扣除标准已经与企业所得税的税前扣除标准基本趋同。譬如，三费、广告费、业务招待费等。总结如下表：

表34－2：合伙企业的税前扣除标准

扣除项目	扣除标准
工资、薪金	65号文第二条：向其从业人员实际支付的合理的工资、薪金支出，允许在税前据实扣除；
三费	65号文第三条：工会经费、职工福利费、职工教育经费分别在工资薪金总额2%、14%、2.5%的标准内据实扣除；
广告费、业务宣传费	65号文第四条：广告费和业务宣传费用不超过当年销售（营业）收入15%的部分，可据实扣除；超过部分，准予在以后纳税年度结转扣除；
业务招待费	65号文第五条：业务招待费支出，按照发生额的60%扣除，但最高不得超过当年销售（营业）收入的5‰；
准备金	91号文第六条第（八）项：企业计提的各种准备金不得扣除。

（3）个人合伙人的税前扣除规定

65号文和62号通知同时还对个人合伙人层面的一些费用扣除进行了规定。总结如下表：

表34－3：个人合伙人的税前扣除规定

扣除项目	扣除标准
费用扣除	62号通知第一条：合伙企业自然人合伙人本人的费用扣除标准统一为42000元/年（3500元/月）； 91号文第六条第（一）项：投资者的工资不得在税前扣除；
投资者及其家庭发生的生活费用	91号文第六条第（三）项：投资者及其家庭发生的生活费用不允许在税前扣除，投资者及其家庭发生的生活费用与企业生产经营费用混合在一起，并且难以划分的，全部视为投资者个人及其家庭发生的生活费用，不允许在税前扣除；
固定资产混同下的折旧费用	91号文第六条第（四）项：企业生产经营和投资者及其家庭生活共用的固定资产，难以划分的，由主管税务机关根据企业的生产经营类型、规模等具体情况，核定准予在税前扣除的折旧费用的数额或比例。

4. 亏损弥补

91 号文第十四条规定："企业的年度亏损，允许用本企业下一年度的生产经营所得弥补，下一年度所得不足弥补的，允许逐年延续弥补，但最长不得超过 5 年。投资者兴办两个或两个以上企业的，企业的年度经营亏损不能跨企业弥补。"

上述规定实际阐明了两个方面的涵义：一是，在合伙企业层面允许年度亏损向后结转利用 5 年，我们可以发现这与《企业所得税法》下的亏损结转弥补的规定是一致的；二是，投资者兴办的两个或两个以上的合伙企业之间的亏损不能交叉弥补。因为，投资者兴办的两个或两个以上的合伙企业不属于一个纳税主体，而且前款规定单个合伙企业层面可以向后结转利用 5 年。

尽管存在上述规定，但笔者认为特别是第一款之规定存在理论认识上的混淆。主要理由在于：合伙税制采用的是"先分后税"的原则，即合伙企业仅仅是合伙人在合伙企业层面应分配份额的归集、计算主体，其本身并不是纳税主体。合伙企业在每个纳税年度终结时，归集、计算出应划分应纳税所得额，随后划分到合伙人名下，不论合伙企业当年是盈利或亏损，也不论合伙企业本纳税年度是否进行实际分配。合伙人将划分到自己名下的应纳税所得额并入纳税申报表中进行纳税申报。因此，如果合伙企业本纳税年度归集、计算的应纳税所得额为负数（即发生亏损），亏损也应划分计入合伙人名下，即是说如果允许亏损弥补的话，也应该是在合伙人层面进行亏损弥补，但令人遗憾的是，我国《个人所得税法》上并不存在亏损结转弥补一说，这可能也是 91 号文第十四条第一款"借鉴"《企业所得税法》有关亏损弥补规定的原因所在，因为文件制定者认为，如果在合伙企业层面给予亏损结转利用的政策的话，则在以后计算合伙企业应纳税所得额时将自然减少其金额，再划分给合伙人时，自然将使得合伙人利用了该亏损弥补政策。从此意义上讲，合伙企业实质就是一个"企业实体"。

同时，笔者认为，如果我国合伙税制改变 91 号文第十四条第一款在合伙企业层面结转利用亏损的规定而采用将亏损划分至个人合伙人的情形，则由于我国《个人所得税法》施行的是"分项"税制，并且未建立个人合伙人层面的亏损结转弥补规则，所以个人合伙人可能并不能充分享受该等划分的亏损。而美国合伙税法中的亏损的划分与其个人所得税施行"综合抵扣"制度是息息相关的。从此意义上讲，我国应该对《个人所得税法》进行改革才可能实施。当然，对于企业合伙人而言，施行亏损划分则并不存在亏损结转利用的制度障碍。

5. 关联企业交易的规定

根据 91 号文第十一条规定，企业与其关联企业之间的业务往来，应当按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用。不按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用，而减少其应纳税所得额的，主管税务机关有权进行合理调整。实质上，我们可以发现，不光是合伙企业有这样的规定，企业所得税等其他税种也存在类似的规定，因为这是《税收征管法》的要求。同时，这也是“实体理论”的体现。

6. 合伙人的纳税申报地

（1）个人合伙人的纳税申报地

根据 91 号文第二十条规定：“投资者应向企业实际经营管理所在地主管税务机关申报缴纳个人所得税。投资者从合伙企业取得的生产经营所得，由合伙企业向企业实际经营管理所在地主管税务机关申报缴纳投资者应纳的个人所得税，并将个人所得税申报表抄送投资者。

投资者兴办两个或两个以上企业的，应分别向企业实际经营管理所在地主管税务机关预缴税款。年度终了后办理汇算清缴时，区别不同情况分别处理：

（一）投资者兴办的企业全部是个人独资性质的，分别向各企业的实际经营管理所在地主管税务机关办理年度纳税申报，并依所有企业的经营所得总额确定适用税率，以本企业的经营所得为基础，计算应缴税款，办理汇算清缴；

（二）投资者兴办的企业中含有合伙性质的，投资者应向经常居住地主管税务机关申报纳税，办理汇算清缴，但经常居住地与其兴办企业的经营管理所在地不一致的，应选定其参与兴办的某一合伙企业的经营管理所在地为办理年度汇算清缴所在地，并在 5 年内不得变更。5 年后需要变更的，须经原主管税务机关批准。”

91 号文第二十二条规定，投资者的个人所得税征收管理工作由地方税务局负责。

（2）法人合伙人的纳税申报地

对于合伙企业的法人合伙人，实务中有一个问题需要明确。即，法人合伙人的所得税是在合伙企业的主管税务机关申报，还是在法人合伙人的主管税务机关申报？实质上此问题涉及税收利益的分配。在国家层面的法规中，对此并不明确。笔者认为，应在法人合伙人的主管税务机关申报较为合理。主要的理由是，法人合伙人本纳税年度的应纳税所得额不仅仅包括从合伙企业划分的应纳税所得，还包括其自身产生的或者来自于其他主体的应纳税所得额，因此汇

总计算后，宜在法人合伙人所在地申报缴纳。

当然，部分地方税务机关明确规定由合伙企业的主管税务机关负责征收管理。譬如，《湖北省地方税务局关于企业所得税有关政策执行口径的通知》（鄂地税发［2009］4 号）第六条“关于合伙企业中企业法人合伙人的纳税地点问题”规定：“合伙企业生产经营所得和其他所得按‘先分后税’的原则处理。合伙人是法人和其他组织的，缴纳企业所得税。根据企业所得税法规定，居民企业之间的股息红利等权益性投资收益为免税收入，为防止税收流失，合伙企业中法人和其他组织应缴纳的企业所得税由合伙企业的主管税务机关负责征收管理。”又譬如，《天津市地方税务局、天津市国家税务局关于合伙企业合伙人分别缴纳所得税有关问题的通知》（津地税所［2007］17 号）规定：“对合伙企业中的法人合伙人分得的生产经营所得和其他所得，仍按财税［2000］91 号文件规定，以法人合伙人名义在合伙企业注册地地税局缴纳企业所得税。如国家出台新的税收政策，按新政策执行。”

7. 核定征收

根据 91 号文第七条的规定：“有下列情形之一的，主管税务机关应采取核定征收方式征收个人所得税：（一）企业依照国家有关规定应当设置但未设置账簿的；（二）企业虽设置账簿，但账目混乱或者成本资料、收入凭证、费用凭证残缺不全，难以查账的；（三）纳税人发生纳税义务，未按照规定的期限办理纳税申报，经税务机关责令限期申报，逾期仍不申报的。”第八条规定：“第七条所说核定征收方式，包括定额征收、核定应税所得率征收以及其他合理的征收方式。”第九条规定：“实行核定应税所得率征收方式的，应纳所得税额的计算公式如下：应纳所得税额 = 应纳税所得额 × 适用税率

应纳税所得额 = 收入总额 × 应税所得率

= 成本费用支出额/（1 – 应税所得率）× 应税所得率

应税所得率应按下表规定的标准执行：

行业	应税所得率（%）
工业、交通运输业	5 – 20
建筑业、房地产开发业	7 – 20
饮食服务业	7 – 25
娱乐业	20 – 40
其他行业	10 – 30

企业经营多业的，无论其经营项目是否单独核算，均应根据其主营项目确定其适用的应税所得率。”

同时，91号文第十条还规定，实行核定征税的投资者，不能享受个人所得税的优惠政策。

四、我国合伙所得税制亟待完善和明确的问题

通过前面的介绍，我们可以发现我国合伙税制还很不完善和健全。主要包括如下几个方面亟待完善和明确的问题：

（一）合伙税制的法规体系需要健全和完善

首先，从体系来看，我国合伙税制基本仅就合伙企业运营阶段的税务问题进行了规定。譬如，我国91号文、65号文、159号文等初步建立了“先分后税”原则，明确了合伙企业和合伙人个人所得税的征税原则和计算方法。但遗憾的是，我国合伙税制并没有明确合伙企业设立阶段的税收规则。同时，对合伙企业清算的税收规则规定则很原则且值得商榷。除此之外，对于合伙人和合伙企业之间的交易的税收规则也有所欠缺，仅存在原则性规定。

1. 合伙企业设立阶段的税制

我国有关合伙企业设立阶段的税制完全缺失，从实践来看，有多税务机关基本采用的立场是，合伙人以非货币性资产投资设立合伙企业的，在设立当期，视为合伙人销售或转让非货币性资产给合伙企业处理。但笔者认为，由于合伙企业在税法上属于“透明体”，因此合伙人依然通过在合伙企业的资本权益或利润（亏损）权益而间接享有这些资产上的权益。在美国合伙税制中，对于合伙人以非货币性资产投资设立合伙企业基本采所得或损失不确认原则，合伙人取得的合伙企业的资本权益以投入的非货币性资产的计税基础确定（替代计税基础规则），合伙企业获得的非货币性资产的计税基础以在合伙人手中的原计税基础确定（转移计税基础规则）。[①] 与美国联邦公司税制中的公司组建的税法规则不同的是，它并不要求后者的投资人对被投资公司的双重80%控制的标准，[②] 这跟合伙企业是透明体而被投资公司是独立的纳税主体有关。但在我国的公司税制中的投资人以非货币性资产投资的所得税规则并未借鉴美国税制而采用当

① See 26 USC §§ 721, 722, 723, 724.

② 26 USC § 351.

期确认转让所得并给予5年平均递延纳税的优惠政策。[1] 所以，笔者建议我国有关合伙企业设立的税制可以参照前述的规定，给予合伙人5年平均递延纳税的优惠政策。

2. 合伙企业清算阶段的税制

我国税制中，有关合伙企业清算阶段的规定很原则，仅仅在91号文第十六条规定："企业进行清算时，投资者应当在注销工商登记之前，向主管税务机关结清有关税务事宜。企业的清算所得应当视为年度生产经营所得，由投资者依法缴纳个人所得税。前款所称清算所得，是指企业清算时的全部资产或者财产的公允价值扣除各项清算费用、损失、负债、以前年度留存的利润后，超过实缴资本的部分。"从该规定来看，需要注意的是，合伙企业清算时计算的剩余财产应扣除"以前年度留存的利润"，就超过合伙人实缴资本的部分缴纳所得税。事实上，我们知道合伙企业并不属于税法上的纳税主体，其收入、所得、损失、扣除或抵免等应划分或分配到合伙人层面计算缴纳所得税，所以，在合伙企业层面实际并不存在所谓的所得税法意义上的"以前年度留存的利润"，合伙企业清算时亦不存在所谓的扣除"以前年度留存的利润"。由于在合伙企业清算时，所有的合伙人都将退伙，实际需要确定的是合伙人退伙时应分配的财产和其持有的合伙企业资本权益的计税基础，对于前者应该是清晰的，而对于后者，我国税法并没有进行明确的规定。在美国合伙税制中，其采用的方法是，对合伙企业划分应分配份额或实际分配时，都将动态调整合伙人持有的合伙权益的计税基础,[2] 以使合伙人持有的合伙权益的计税基础与合伙人实际纳税保持一致，这个时候显然在合伙企业层面只需要从资产负债表观出发计算合伙企业的剩余财产并按照权益比例进行划分至各合伙人，各合伙人以分得的财产的公允价值减去合伙权益的计税基础即得到资本利得或利亏。

（二）合伙人转让持有的合伙权益或退伙的税收问题

在这个问题上，国家层面的税收规定并未予以明确。在实践中，部分地方税务机关将其视为"财产转让所得"，按照20%税率计算个人所得税。[3]

---

① 参见《财政部 国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税政策问题的通知》（财税〔2014〕116号）、《财政部 国家税务总局关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知》（财税〔2015〕41号）。

② See 26 USC § § 704, 705, 731 ~737.

③ 笔者注：这些地方税务机关的文件并未对法人合伙人转让合伙权益的企业所得税如何适用进行明确规定。但笔者认为，应该适用穿透原则，视为法人合伙人的财产转让所得计入法人合伙人当期的应纳税所得额，按照适用税率计算应纳税额。

譬如，广东省广州市地方税务局《个人所得税若干征税业务指引（2010年）》（穗地税函［2010］141号，2010年7月21日）第四条“关于个人独资企业和合伙企业投资者转让财产份额如何征税问题”规定：“个人独资企业和合伙企业投资者转让其在企业财产份额，应以其转让收入额减除财产原值和合理费用后的余额为应纳税所得额，按照‘财产转让所得’项目适用20%税率缴纳个人所得税。

对合伙企业投资者退伙时分得的财产份额，比照前款规定计征‘财产转让所得’项目个人所得税，但在计算投资者应纳税所得额时，可扣除被投资企业未分配利润等投资者留存收益中所分配金额。”

从上述规定可以看出，个人合伙人转让合伙企业财产份额与其退伙时的财产转让所得的计算是不同的，前者计算时财产转让所得等于转让收入额减除财产原值和合理费用后的余额，而后者还可以扣除被投资企业未分配利润等投资者留存收益中所分配金额。令人感到困惑的是，个人合伙人退伙与个人合伙人合伙权益的转让从本质上来看并无区别，为什么前者可以扣除“留存收益中所分配金额”而后者则不可以呢？因为合伙企业本身不属于纳税主体，从避免重复征税的角度来看，个人合伙人转让合伙权益时，也应该扣除“留存收益中应分配金额”，因为该部分已经划分至个人合伙人依法纳税。我们可以发现，这样的规定与公司股东转让其在公司的股权转让所得或者减资、撤资时的股权转让所得的规定是一致的，应该属于借鉴而至。从这个意义上看，并无问题，因为股权转让时不扣除留存收益是因为该等留存收益在整体上并不会减少国家的税收。但显然合伙企业与企业法人税制具有天然的不同，因为前者属于税收上的“透明体”。如前所述，笔者认为，根本的问题在于我国没有建立合伙人的合伙权益的计税基础动态调整机制，即是说对于“财产原值”没有动态地反映合伙人已经对合伙企业应分配份额部分纳税而作出“财产原值”的调整，如果这样处理了，则并不需要去考虑合伙企业层面所谓的“留存收益中应分配金额”或“留存收益中可分配金额”的问题。当然，笔者认为合伙人转让合伙权益或退伙的实质都是“财产转让”行为，这并无争议，国家层面的政策应予以明确。

（三）合伙企业从被投资企业分回股息、红利、利息或转让被投资企业股权投资的税收问题

1. 合伙企业从被投资企业分回股息、红利、利息的税收问题

根据84号文第二条的规定：“个人独资企业和合伙企业对外投资分回的利息或者股息、红利，不并入企业的收入，而应单独作为投资者个人取得的利息、

股息、红利所得，按‘利息、股息、红利所得’应税项目计算缴纳个人所得税。以合伙企业名义对外投资分回利息或者股息、红利的，应按《通知》所附规定的第五条精神确定各个投资者的利息、股息、红利所得，分别按‘利息、股息、红利所得’应税项目计算缴纳个人所得税。”

从上述规定可以看出，对于个人合伙人而言，合伙企业分回的利息、股息、红利所得不并入企业的收入，而应单独作为投资者个人取得的利息、股息、红利所得，按“利息、股息、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。而对于法人合伙人是否也应该如此适用并可以享受居民企业之间的免税股息待遇呢？《财政部、国家税务总局关于推广中关村国家自主创新示范区税收试点政策有关问题的通知》（财税［2015］62 号，下称“62 号文”）第二条“关于有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税政策”以及《财政部 国家税务总局关于将国家自主创新示范区有关税收试点政策推广到全国范围实施的通知》（财税［2015］116 号，下称“116 号文”）第一条“关于有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税政策”可以予以借鉴。笔者将在“专题 35：有限合伙私募股权基金的税收问题”中一并详细介绍。实质上，部分地方税务机关的规定已经与 62 号文和 116 号文的规定保持一致了。譬如，北京市《关于促进股权投资基金业发展的意见》（京金融办［2009］5 号）第五条规定：“合伙制股权基金从被投资企业获得的股息、红利等投资性收益，属于已缴纳企业所得税的税后收益，该收益可按照合伙协议约定直接分配给法人合伙人，其企业所得税按有关政策执行。”同时，第八条规定：“鼓励和支持从事创业投资业务的股权基金或管理企业按照《创业投资企业管理暂行办法》（国家发展改革委等十部委第 39 号令）进行备案，并按照《企业所得税法》第三十一条和《企业所得税法实施条例》第九十七条的规定享受国家税收优惠政策支持。”

2. 合伙企业转让被投资企业股权投资的税收问题

应该讲，在国家层面的政策中并未明确该部分合伙企业的收入是否直接穿透到合伙人名下，而一般的实践是计入合伙企业的应纳税所得额再划分。当然，部分地方税务机关的政策予以了不同的规定。譬如，天津市《促进股权投资基金业发展办法》（津政发［2009］45 号，2009 年 9 月 8 日颁布并实施）规定：

“六、合伙制股权投资基金和合伙制股权投资基金管理企业，可采取‘先分后税’的方式，由合伙人分别缴纳个人所得税或企业所得税。

七、以有限合伙制设立的合伙制股权投资基金中，自然人有限合伙人，依据国家有关规定，按照‘利息、股息、红利所得’或‘财产转让所得’项目征

收个人所得税，税率适用 20%；自然人普通合伙人，既执行合伙业务又为基金的出资人的，取得的所得能划分清楚时，对其中的投资收益或股权转让收益部分，税率适用 20%；合伙人是法人和其他组织的，按有关政策规定缴纳企业所得税。”

再譬如，北京市《关于促进股权投资基金业发展的意见》第四条规定：“合伙制股权基金中个人合伙人取得的收益，按照‘利息、股息、红利所得’或者‘财产转让所得’税目征收个人所得税，税率为 20%。”

上述规定即是说，合伙人（包括普通合伙人和有限合伙人）取得的股权投资收益及股权转让收益部分，均可以按照“利息、股息、红利所得”或“财产转让所得”税目适用 20% 税率计算征收个人所得税。类似地，关于法人合伙人如何就合伙企业转让被投资企业股权投资的股权转让所得如何纳税并未予以明确，当然前述的 62 号文和 116 号文可以作为参照。

（四）普通合伙人和有限合伙人的税收问题

根据《合伙企业法》的规定，有限合伙企业的合伙人可以分为普通合伙人（执行合伙事务，承担无限连带责任）和有限合伙人（不执行合伙事务，承担有限责任），这意味着有限合伙人实际仅仅是是投资人，而普通合伙人则既是投资人，又是合伙事务的执行人。但在国家政策层面，84 号文第二条规定，合伙企业获得的利息、股息、红利所得不分普通合伙人或有限合伙人的区别，直接计入合伙人层面，笔者认为这样的规定没有问题，但国家层面并没有明确合伙企业的股权转让所得是否也这样执行。因此，部分税务机关在对普通合伙人收入中属于股权投资转让所得的部分，并不按照“财产转让所得”税目适用 20% 税率计算缴纳个人所得税，而是按照个体工商户的税率执行。当然，某些地方的税务机关作出了不同的规定。譬如，天津市《促进股权投资基金业发展办法》第七条规定：以有限合伙形式设立的合伙制股权投资基金中，自然人有限合伙人，依据国家有关规定，按照“利息、股息、红利所得”或“财产转让所得”项目征收个人所得税，税率适用 20%；自然人普通合伙人，既执行合伙业务又为基金的出资人的，取得的所得能划分清楚时，对其中的投资收益或股权转让收益部分，税率适用 20%。

综上，对于合伙企业从被投资企业分回股息、红利、利息或转让被投资企业股权投资的税收问题，笔者认为，合伙企业从被投资企业分回股息、红利、利息以及转让被投资企业股权投资的收益不应并入合伙企业的应纳税所得额再划分到合伙人层面，而应直接穿透划分到合伙人层面，合伙人属于个人的，分

别按照“利息、股息、红利所得”或“财产转让所得”计算个人所得税；合伙人属于法人或其他组织的，按照“利息、股息、红利所得”或“财产转让所得”计算企业所得税。如果股息、红利满足条件的，可以适用免税股息待遇。

五、合伙企业转让上市公司股票的个人所得税、营改增问题

在实践中，经常存在实际股东通过合伙企业代持上市公司股票，对于上市公司对合伙企业派发股息、红利的税收政策比较清晰，但对于合伙企业转让上市公司股票是否缴纳个人所得税和增值税（营改增）则颇具争议。

（一）合伙企业转让上市公司股票的个人所得税问题

在实践中，就合伙企业转让上市公司股票是否缴纳个人所得税主要存在如下两种观点：

观点一：需要缴纳个人所得税

此观点的理由是，根据《财政部、国家税务总局关于个人转让股票所得继续暂免征收个人所得税的通知》（财税字［1998］61号）文件规定：“对个人转让上市公司股票取得的所得继续暂免征收个人所得税。”这里的个人为自然人，不包括个人合伙企业与个人独资企业。代持合伙企业转让上市公司股票需要（按照个体工商户的生产经营所得项目）缴纳个人所得税观点的主要包括四川省、重庆市、娄底市等地方税务局（此类观点出现在政策答疑里面）。

观点二：暂免征收个人所得税

此观点的理由是，尽管根据《个人所得税法》第一条的规定：“在中国境内有住所，或者无住所而在境内居住满一年的个人，从中国境内和境外取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。”根据《个人所得税法实施条例》第二条的规定：“税法第一条第一款所说的在中国境内有住所的个人，是指因户籍、家庭、经济利益关系而在中国境内习惯性居住的个人。”但《财政部 国家税务总局关于合伙企业合伙人所得税问题的通知》（财税［2008］159号）第二条规定，“合伙企业以每一个合伙人为纳税义务人。合伙企业合伙人是自然人的，缴纳个人所得税；合伙人是法人和其他组织的，缴纳企业所得税。”159号文确立了个人所得税“先分后税”的原则，实质是将合伙企业视为“透明体”，相当于个人合伙人直接持有上市公司股票一样。因此，可以适用财税字［1998］61号的暂免征收个人所得税的待遇。

尽管从实践来看，各地方税务机关基本执行的政策都是需要缴纳个人所得税，但笔者认为，对于合伙企业转让上市公司股票的个人所得税，应将合伙企

业视为“透明体”对待，其个人合伙人应可享受财税字［1998］61 号给予的暂免征收个人所得税的待遇。

（二）合伙企业转让上市公司股票的增值税问题

根据《财政部 国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税［2016］36 号）附件 1《营改增试点实施办法》第一条规定：“在中华人民共和国境内（以下称境内）销售服务、无形资产或者不动产（以下称应税行为）的单位和个人，为增值税纳税人，应当按照本办法缴纳增值税，不缴纳营业税。单位，是指企业、行政单位、事业单位、军事单位、社会团体及其他单位。个人，是指个体工商户和其他个人。”鉴于增值税纳税人的定义为“单位和个人”，而且“其他个人”系指自然人，合伙企业与个人独资企业不属于个人的范畴，应属于“单位”中“其他单位”的范畴，属于增值税纳税义务主体。

根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》附录“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”第 4 点“金融商品转让”的规定：“金融商品转让，是指转让外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品所有权的业务活动。其他金融商品转让包括基金、信托、理财产品等各类资产管理产品和各种金融衍生品的转让。”显然，上市公司股票被视为金融商品中的有价证券。因此，合伙企业转让上市公司股票的，属于金融商品转让的应税行为，需缴纳增值税。

同时，根据 36 号文附件 3《营改增试点过渡期政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（二十二）项“下列金融商品转让收入”的规定，下列五类金融商品交易免征增值税：

1. 合格境外投资者（QFII）委托境内公司在我国从事证券买卖业务。

2. 香港市场投资者（包括单位和个人）通过沪港通买卖上海证券交易所上市 A 股。

3. 对香港市场投资者（包括单位和个人）通过基金互认买卖内地基金份额。

4. 证券投资基金（封闭式证券投资基金，开放式证券投资基金）管理人运用基金买卖股票、债券。

5. 个人从事金融商品转让业务。

因此，如果合伙制合格境外投资者（QFII）、合伙制香港市场投资者（单位）、合伙制证券投资基金通过上述规定方式转让上市公司股票的，予以免征增值税。

专题 35：有限合伙私募股权投资基金的税务问题

内容概览

在上一专题中，笔者集中介绍了我国合伙税制的基本规定、模糊地带以及亟待解决的一些问题。在本专题中，笔者将特别针对实务中越来越多的有限合伙私募股权基金（下称“有限合伙 PE”）的税务问题进行介绍。本专题主要包括如下内容：

■ 有限合伙 PE 的概念、法律框架以及税法规定

■ 有限合伙 PE 基金投资人的税收问题

■ 有限合伙 PE 基金管理人的税收问题

■ 有限合伙 PE 基金管理团队的税收问题

■ 有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税政策——以财税［2015］116 号文和国税总局公告 2015 年第 81 号公告为视角

■ 外资有限合伙的所得税问题

一、有限合伙 PE 的概念、法律框架以及税法规定

（一）有限合伙 PE 的概念

私募股权投资基金（Private Equity Fund，“PEF”）是指通过非公开募集即私募的方式募集机构投资者或个人的资金，交由基金托管人托管和基金管理人管理，基金管理人主要对非上市公司进行股权投资，通过控制或管理所投资公司使其实现价值增值，通过 IPO、并购重组或者管理层回购等方式退出，投资者按照其出资份额分享投资收益，承担投资风险。私募股权投资基金有广义和狭义之分。广义的私募股权投资基金包括公司 IPO 之前各个阶段和状态的投资；狭义的私募股权投资基金主要指对已经形成一定规模并产生稳定现金流的成熟企业的投资。实践中，我们提及私募股权投资基金多数是指后者。

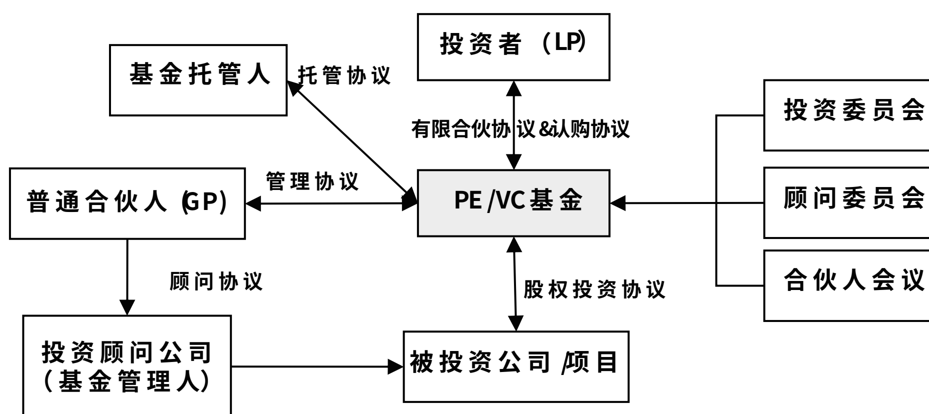
私募股权投资基金一般采取有限合伙制或公司制的法律形式。实践中，有

限合伙因其灵活的组织架构和税收便利等优势为私募股权基金通常所采用。因此，采取有限合伙形式组建并运营的私募股权投资基金一般被称为有限合伙私募股权基金（“有限合伙 PE”）。

（二）有限合伙 PE 的法律框架

在私募股权投资（包括风险投资）中，投资人一般会设立一个有限合伙企业来作为基金的承载平台，在该平台的基础上 PE/VC 构筑运营和管理的法律框架并对外投资。有限合伙企业平台有关法律框架以及涉及的法律协议如下图：

图 35－1：有限合伙法律框架及法律协议



在上述法律框架中：

1. PE/VC 基金的设立，需要 GP 和诸多的 LP 共同组成。发起设立有限合伙企业（基金）的 LP 需要和 GP 签署“有限合伙协议”（LPA），该协议规定 LP 和 GP 之间的权利和义务。涵盖基金设立、运营以及终止等各环节的事项；同时，对外部特定对象募集资金时，这些投资者签署“认购协议”确认认购基金份额，成为 LP；

2. 在有限合伙企业（基金）中，基金投资者作为 LP，是基金的主要资金来源，但一般不参与基金具体经营管理，而 GP（绝大多数情况下也是基金管理人）出资比例非常小（一般为 1%），但通常全面负责经营管理及投资决策且承担无限连带责任。因此，基金管理人（通常是 GP）通常与有限合伙企业（基金）之间签订专门的“管理协议”或“委托管理协议”，该协议系基金授权基金管理人管理基金事项的法律协议；实践中，也有 GP 代表有限合伙企业（基金）同其关联基金管理人达成的“顾问协议”。基金顾问为基金寻找投资机会，构造交易并监控投资组合。此时，该基金管理人通常是 GP 发起设立，或是基金

的管理团队发起设立；

3. 有限合伙企业（基金）通常都会采取资金托管制度，将基金的资金委托给第三方商业银行来保管（“资金托管协议”），有助于打消投资者的诸多疑虑，也有利于基金的规范运营和管理；

4. 在有限合伙企业（基金）内部，一般会设立投资决策委员会、顾问委员会和合伙人全体会议。投资决策委员会一般由 GP 组成，其职责是对涉及合伙企业的重大投资事务进行最终决策。顾问委员会一般由 LP 以及 GP 选举产生的与其没有任何关系的独立委员组成，其职责是对涉及关联交易、利益冲突或对外投资额超限等事项进行决策。合伙人全体会议是由权益合伙人组成，其职责是对涉及合伙人退伙和新合伙人入伙、GP 身份转换、转让合伙权益、清算等事项进行决策；

5. 在对外投资时，经过有限合伙企业（基金）的内部决策之后，会与被投资公司/项目签署“股权投资协议”进行投资。

（三）有限合伙 PE 税法规定概述

我国所得税法规政策已经确立合伙企业不属于纳税主体的基本制度，因此，有限合伙制 PE 的所得税问题主要是指基金投资人（普通合伙人和有限合伙人）、基金管理人、基金管理团队等主体如何计算和缴纳所得税等税收的问题。国家层面的法规政策主要包括前述的 16 号文、91 号文、84 号文、65 号文、159 号文以及 62 号通知等；在各地方层面还出台有各种政策文件。主要包括北京市《关于促进股权投资基金业发展的意见》（京金融办［2009］5 号）、上海市《关于本市股权投资企业工商登记事项的通知》（沪金融办通［2011］10 号）、广东省广州市地方税务局《个人所得税若干征税业务指引（2010 年）》（穗地税函［2010］141 号）、天津市《促进股权投资基金业发展办法》（津政发［2009］45 号）、深圳市《关于促进股权投资基金发展的若干规定》（深府［2010］103 号）、《重庆市人民政府关于鼓励股权投资类企业发展的意见》（渝府发［2008］110 号）、《新疆维吾尔自治区促进股权投资类企业发展暂行办法》（新政办发［2010］187 号）、《河北省促进股权投资基金业发展办法》（办字［2010］155 号）以及《西藏自治区企业所得税政策实施办法》（藏政发［2014］51 号）等。

除了上述规定之外，2015 年 10 月 23 日，财政部和国家税务总局颁布了《财政部 国家税务总局关于将国家自主创新示范区有关税收试点政策推广到全国范围实施的通知》（财税［2015］116 号，下称“116 号文”）将 2015 年 6 月 1 日颁布的《财政部、国家税务总局关于推广中关村国家自主创新示范区税收

试点政策有关问题的通知》（财税［2015］62 号，下称“62 号文”）的政策推广到全国范围执行，而62 号文则是在《财政部 国家税务总局关于中关村国家自主创新示范区有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税试点政策的通知》（财税［2013］71 号，下称“71 号文”）[①] 的基础上，将有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税政策推广到国家示范区执行。

二、有限合伙 PE 基金投资人的税收问题

如前所述，有限合伙 PE 本身并非所得税的课税主体，因而主要考虑其投资人（普通合伙人和有限合伙人）从基金取得收入时的税务处理。事实上，合伙人的税务处理因根据合伙人取得收入的来源、性质的不同而所有区别。

（一）有限合伙从被投资企业取得的股息、红利等权益性投资收益

合伙人为个人的，根据84 号文的规定，这些权益性投资收益应当适用“利息、股息、红利”税目按照20% 的税率计算缴纳个人所得税。

合伙人为法人的，根据159 号文的规定，合伙人是法人和其他组织的，缴纳企业所得税。但正如上一专题所述的那样，也有观点认为，在集合理论下，既然针对同一交易事项，在处理个人合伙人时，采用了合伙企业为“透明体”的立场，则在处理法人合伙人时，也应该采取同样的立场。即是说，有限合伙在划分收益给合伙人时，该等收益的税法属性应维持不变，因此法人合伙人取得的该等收益如果属于《企业所得税法》第二十六条第一款第（二）项所述“符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益”的，应当视为免税股息对待。

合伙人为合伙企业的，则被投资有限合伙企业向该合伙企业合伙人划分时，该合伙企业合伙人取得的应纳税所得额应再次向其合伙人进行划分。此时，该合伙企业合伙人的个人合伙人比照个体工商户生产经营所得按照5% －35% 税率缴纳个人所得税，其法人合伙人依法缴纳企业所得税。实践中，另外一种观点是，该合伙企业合伙人的个人合伙人应当适用“利息、股息、红利”税目按照20% 的税率计算缴纳个人所得税，而法人合伙人则依法可以享受免税股息待遇。

（二）有限合伙转让被投资企业股权投资取得的收益

合伙人为个人的，按照 91 号文的规定，应按照“个体工商户生产经营所

---

① 笔者注：同时试点的政策还有《财政部 国家税务总局关于中关村国家自主创新示范区技术转让企业所得税试点政策的通知》（财税［2013］72 号）和《财政部 国家税务总局关于中关村国家自主创新示范区企业转增股本个人所得税试点政策的通知》（财税［2013］73 号）。

得”税目适用5% ~35%超额累进税率计算缴纳个人所得税。但部分地方，比如北京和天津，则可以按照“财产转让所得”税目适用20%税率计算缴纳个人所得税。

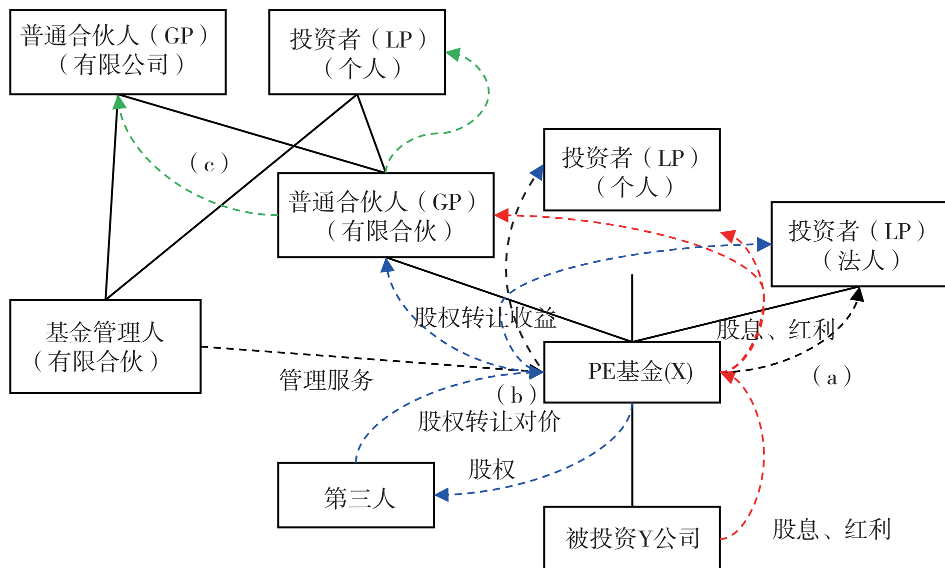
合伙人为法人的，应依法缴纳企业所得税。此时，并不存在所谓的免税股息的问题，因为此时应视为“财产转让所得”来处理。只不过，实践中存在争议的是，是否应像“股息、红利”所得那样直接穿透到法人合伙人名下而并不在有限合伙层面归集、扣除计算应纳税所得额后再划分。从后述的116号文的规定来看，有限合伙制创业投资企业投资于未上市的中小高新技术企业2年（24个月）以上的，前者转让持有的后者股权的转让收益（“股权转让”所得）应先在前者归集计算应纳税所得税并划分至前者的法人合伙人并享受投资额70%的抵扣优惠政策（详见后文）。似乎116号文对此问题持有的立场是先归集后划分。

合伙人为合伙企业的，则被投资有限合伙向该合伙企业合伙人划分时，该合伙企业合伙人取得的应纳税所得额应再次向其合伙人进行划分。此时，该合伙企业合伙人的个人合伙人比照个体工商户生产经营所得按照5% –35%税率缴纳个人所得税，法人合伙人依法缴纳企业所得税。类似地，也有观点认为，该合伙企业的个人合伙人应适用“财产转让所得”税目按照20%的税率计算缴纳个人所得税。

笔者认为，对于有限合伙PE而言，从税法上应区分两种情形来适用：一是，对于其取得的积极经营所得（譬如，取得的管理费、咨询费收入）应适用“实体理论”，先在合伙企业层面归集并扣除成本、费用后计算得出应纳税所得额，再对其合伙人进行划分；二是，对于投资收益、股权转让收益以及其他消极所得应适用“集合理论”，不需要先在合伙企业层面归集，直接穿透合伙企业划分至合伙人。笔者以下例来对我国合伙税制的相关规定及适用前述原则进行比较分析。

【例35 –1】有限合伙取得权益性投资收益、股权转让收益的税收问题

假定，某有限合伙企业X，由普通合伙人和诸多有限合伙人（个人和法人）组建，其对外投资于Y公司，并从Y公司取得了股息、红利所得，并在当期转让了部分对Y公司的股权投资取得了股权转让收益。有关架构图如下：



【评析】1. 在交易（a）中，PE基金（有限合伙）X从被投资Y公司处取得了股息、红利所得，对于普通合伙人（有限合伙）、个人有限合伙人，按照84号文的规定，该股息、红利所得穿透PE基金X直接划分给它们，并适用“股息、红利”税目按照20%的税率计算缴纳个人所得税；对于法人有限合伙人，国家政策层面原则规定应依法缴纳企业所得税，但笔者认为此时应当与个人合伙人的税收处理规则保持一致，即视PE基金X为税法上的“透明体”，就像有限合伙自始就不存在，而法人合伙人直接对被投资公司进行投资一样。此时，根据《企业所得税法》的规定，如果满足条件的，可以视为免税股息处理；

2. 在交易（b）中，PE基金X从第三人处获得了股权转让收益，并将该等收益划分到其合伙人。在国家政策层面，一般理解为在有限合伙X层面归集、计算应纳税所得额（即可扣除成本、费用和损失等），再划分到合伙人。对于普通合伙人（有限合伙）、个人有限合伙人，按照91号文的规定，按照“个体工商户生产经营所得”税目适用5%－35%超额累进税率计算缴纳个人所得税；对于法人有限合伙人，国家政策层面原则规定应依法缴纳企业所得税，即计入当期应纳税所得额。但笔者认为，对于股权转让收益，应当类似地采用穿透划分到个人合伙人和法人有限合伙人，直接视为个人合伙人和法人合伙人的股权转让所得，并不得扣除有限合伙X层面的成本、费用和损失。

3. 在交易（c）中，PE基金X的普通合伙人（有限合伙）取得的股息、红利所得、股权转让收益再向其普通合伙人（有限公司）和有限合伙人（个人）

划分时，实质上依然应当保留其收益的税法属性不变（视有限合伙中的普通合伙人为透明体），并分别适用前述第 1、2 点所述的原则处理。

三、有限合伙 PE 基金管理人的税收问题

在有限合伙 PE 中，基金管理人通常采用两种方式来构建：一是，基金管理人就是有限合伙的普通合伙人，即此时普通合伙人与基金管理人是统一的；二是，基金管理人和有限合伙的普通合伙人分离，但一般是基金管理团队个人组建有限合伙企业，并由该企业担任基金的基金管理人（参见【例 35 - 1】框图中的“基金管理人（有限合伙）”）。

无论基金管理人如何构建，在实务中，它一般采取公司制或合伙制的法律形式。但基于税收的考虑，通常会设立为有限合伙的法律形式。其原因在于，尽管基金管理人设立为有限合伙企业的情形下，基金管理团队收入在税务处理上仍存在不确定性，有可能均适用个体工商户生产经营所得税目按照 5% - 35% 超额累进税率缴纳个人所得税。但是，基金管理人设立为有限公司的情形下，则存在双重征税的问题，基金管理团队的最终税负可能达到 40% [25% + (1 - 25%) × 20%]。因此，基金管理人设立为有限合伙在税负上通常更为有利。

我们讲，在实践中，基金管理人的收入来源一般包括两个部分：一是基金“管理费”（Management Fees）；另外一部分是“收益分成”（Carried Interest），即基金管理人（同时亦是普通合伙人）可以获得基金收益一定比例的业绩报酬。这即是我们通常所称的“2 + 20”模式。即，基金管理人收取管理资产的 2% 作为管理费以及基金收益利润的 20% 作为提成收入。基金管理费一般是指基金管理人就其向投资人提供的资产管理和投资咨询服务而向投资人定期收取的费用，用于支付基金运营的各项开支，包括日常开支、行政办公费用、基金雇员的工资等。而收益分成（也称为“业绩奖励”）比例通常为有限合伙净收益的 20%。这种与业绩挂钩的机制能够有效激励普通合伙人争取有限合伙基金收益的最大化。一般情况下，只有当有限合伙基金达到事先约定的优先回报率（通常为 8% 的年化收益率）时，普通合伙人才能参与收益分成。

（一）基金管理人取得的管理费的税收问题

根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》附件“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”第 2 点“直接收费金融服务”的规定：“直接收费金融服务，是指为货币资金融通及其他金融业务提供相关服务并且收取费用的业务活动。包括提供……基金管理……等服务。”

36 号文附件 2《营改增试点事项规定》第一条第（三）项“销售额”第 2 点规定：“直接收费金融服务，以提供直接收费金融服务收取的手续费、佣金、酬金、管理费、服务费、经手费、开户费、过户费、结算费、转托管费等各类费用为销售额。”因此，不论基金管理人采用公司形式或是有限合伙形式，就其取得的管理费收入均应缴纳增值税。其原理在于，此管理费应视为基金管理人向有限合伙企业提供直接收费金融服务而取得的收入，对有限合伙而言属于费用支出，在计算应纳税所得额时可以据实扣除，对于基金管理人则作为增值税应税收入处理。同时，该管理费收入亦是基金管理人所得税法上的应税收入，如果基金管理人属于公司制法人，则作为营业收入处理；如果属于有限合伙制企业，则作为计算有限合伙层面的应纳税所得额的收入。

（二）基金管理人取得的收益分成的税收问题

由于基金管理人（亦是普通合伙人）既向有限合伙提供管理咨询服务，又有资本投资（一般为 1%），所以对于收益分成的法律性质的界定，实践中尚存争议——即，应定性为“服务收入”或是“投资收益”？为了避免实践中引发将收益分成一概视为管理费被征收增值税的税务争议，基金管理人在账目上必须将管理费和收益分成划分清楚。但更为稳妥的做法是，由基金管理团队设立两家有限合伙企业，一家担任基金的普通合伙人，一家担任基金的管理人，由管理人收取管理费，由普通合伙人收取收益分成，这样可以避免混淆（参见【例 35－1】框图中的“基金管理人（有限合伙）”和“普通合伙人（GP）（有限合伙）”）。

当然，在所得税上面，如果基金管理人是有限合伙的，基金管理人不属于课税主体，由其合伙人依法缴纳个人所得税或企业所得税（详见前文，不再赘述）；如果基金管理人是法人的，应就其取得的所有收入（包括管理费和收益分成）课征 25% 的企业所得税。当然，依据前述，也有观点认为此时应当将基金管理人从基金处取得的被投资企业的“股息、红利”等权益性投资收益视为免税股息处理。

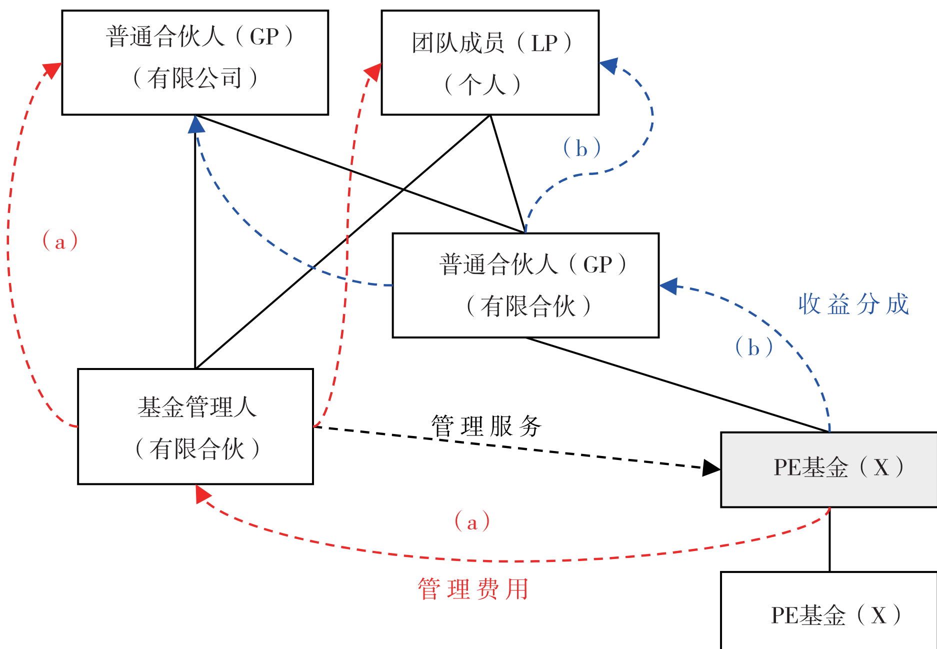
四、有限合伙 PE 基金管理团队的税收问题

从 PE 基金实践的现状和趋势来看，基金管理团队一般不会直接担任基金的管理人，而是先设立有限合伙制企业担任基金的普通合伙人（和/或基金管理人）。同样，如前所述，实践中，一般情况是普通合伙人和基金管理人是分离的，当然后者一般亦是基金管理团队先成立有限公司，由有限公司作为普通合

伙人及团队成员作为有限合伙人共同设立有限合伙企业，并由该有限合伙企业担任基金的管理人（参见【例35－2】)。下面笔者以一个例子来进行说明：

【例35－2】基金管理团队的税收问题

基本事实参见【例35－1】，除了如下事实：PE基金向基金管理人支付管理费，并同时向普通合伙人（有限合伙）支付收益分成。有关架构框图如下：



【评析】1. 在交易（a）中，基金管理人（有限合伙）向PE基金X提供管理服务从而取得了管理费用收入，基金管理人（有限合伙）将就该等管理费用收入缴纳增值税。同时，其还将计算所得税上的应纳税所得额划分到基金管理团队普通合伙人（有限公司）和团队成员（个人有限合伙人）。其中，普通合伙人（有限公司）计入应纳税所得额按照适用税率25%计缴企业所得税，团队成员（个人有限合伙人）则适用“个体工商户生产经营所得”税目以及5%－35%五级超额累进税率缴纳个人所得税。

2. 在交易（b）中，普通合伙人（有限合伙）从PE基金X处取得收益分成，再划分至基金管理团队普通合伙人（有限公司）和团队成员（个人有限合伙人）。

（1）就PE基金X的股权转让收益而言，应首先在PE基金X层面计入收入计算应纳税所得额再划分到合伙人层面。对于普通合伙人（有限公司），应计入应纳税所得额按照适用税率25%计缴企业所得税；对于团队成员（个人有限合

伙人)，有可能适用“个体工商户生产经营所得”税目以及5% –35%五级超额累进税率计算缴纳个人所得税，也有可能按照“财产转让所得”税目按照20%的税率计算缴纳个人所得税。但笔者认为根据集合理论，应直接穿透划分至合伙人，分别按照“财产转让所得”税目适用25%税率和20%税率计算缴纳所得税。

（2）就PE基金X的股息、红利所得而言，对于普通合伙人（有限公司），直接计入其应纳税所得额按照适用税率25%计缴企业所得税，但笔者认为根据集合理论，应视为居民企业之间的免税股息处理；对于团队成员（个人有限合伙人），应直接适用“股息、红利所得”税目按照20%的税率计算缴纳个人所得税。

在【例35 –2】中，我们分析了基金管理团队可能面临的不同税收后果，因此，基金管理团队在选择基金、基金普通合伙人以及基金管理人的法律形式时必须要考虑税收因素，特别是目前我国各地方政府出台有关基金的税收政策并不统一的情形下更是如此。

五、有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税政策——以财税［2015］116号文和国税总局公告2015年第81号公告为视角

2013年9月29日，财政部和国家税务总局颁布了《财政部 国家税务总局关于中关村国家自主创新示范区有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税试点政策的通知》(财税［2013］71号，下称“71号文”)，[①] 71号文首次对有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税政策进行了明确。2015年6月11日，财政部和国家税务总局正式颁布了《财政部、国家税务总局关于推广中关村国家自主创新示范区税收试点政策有关问题的通知》(财税［2015］62号，下称“62号文”)，62号文在71号文的基础上，将有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税政策推广到国家示范区执行。62号文的政策与先前的71号文的相关政策并无实质变化，只是描述上有细微差异。2015年10月23日，财政部和国家税务总局颁布了《财政部 国家税务总局关于将国家自主创新示范区有关税收试点政策推广到全国范围实施的通知》（财税［2015］116号，下称“116号文”)，116号文在62号文的基础上，将62号文的有关政策推广到全国范围内执行。从本质上讲，该政策只是针对法人合伙人企业所得税的一个优惠政策，其政策思路可以溯及至《企业所得税法》及其实施条例有关创业投资企

① 笔者注：同时试点的政策还有《财政部 国家税务总局关于中关村国家自主创新示范区技术转让企业所得税试点政策的通知》(财税［2013］72号）和《财政部 国家税务总局关于中关村国家自主创新示范区企业转增股本个人所得税试点政策的通知》(财税［2013］73号)。

业（法人企业）的税收优惠政策。[①] 但遗憾的是，就像我国合伙税制的理论认识一直以来并不清晰一样，116 号文政策的出台从理论和实践上部分地否定了合伙企业“透明体”或“导管”的性质，对法人合伙人取得的有限合伙获得的“股息、红利”所得明确了属于应税所得而不适用居民企业之间的免税股息政策，对有限合伙创业投资企业的法人合伙人而言实质上并非是“优惠政策”。

根据 116 号文规定，有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税优惠政策将适用于全国范围内的所有有限合伙制创业投资企业。该文第一条“关于有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税政策”规定：

“1. 自 2015 年 10 月 1 日起，全国范围内的有限合伙制创业投资企业采取股权投资方式投资于未上市的中小高新技术企业满 2 年（24 个月）的，该有限合伙制创业投资企业的法人合伙人可按照其对未上市中小高新技术企业投资额的 70% 抵扣该法人合伙人从该有限合伙制创业投资企业分得的应纳税所得额，当年不足抵扣的，可以在以后纳税年度结转抵扣。

2. 有限合伙制创业投资企业的法人合伙人对未上市中小高新技术企业的投资额，按照有限合伙制创业投资企业对中小高新技术企业的投资额和合伙协议约定的法人合伙人占有限合伙制创业投资企业的出资比例计算确定。”

（一）116 号文基本采用了集合理论的立场，将有限合伙企业视为“透明体”

根据 116 号文第一条第二款规定：“有限合伙制创业投资企业的法人合伙人对未上市中小高新技术企业的投资额，按照有限合伙制创业投资企业对中小高新技术企业的投资额和合伙协议约定的法人合伙人占有限合伙制创业投资企业的出资比例计算确定。”这其实是将合伙企业在税法上视为“透明体”予以忽略，就像法人合伙人直接对未上市中小高新技术企业进行投资一样。同时，仍然采用了“先分后税”的原则划分到法人合伙人。

（二）116 号文亦同时采用了实体理论的立场，将来自于被投资企业的收益在有限合伙企业层面归集、计算应纳税所得额

根据 116 号文第一条第一款规定，该有限合伙制创业投资企业的法人合

---

① 《企业所得税法》第三十一条规定：“创业投资企业从事国家需要重点扶持和鼓励的创业投资，可以按投资额的一定比例抵扣应纳税所得额。”《企业所得税法实施条例》第九十七条规定：“企业所得税法第三十一条所称抵扣应纳税所得额，是指创业投资企业采取股权投资方式投资于未上市的中小高新技术企业 2 年以上的，可以按照其投资额的 70% 在股权持有满 2 年的当年抵扣该创业投资企业的应纳税所得额；当年不足抵扣的，可以在以后纳税年度结转抵扣。”

伙人可按照其对未上市中小高新技术企业投资额的70%抵扣该法人合伙人从该有限合伙制创业投资企业分得的应纳税所得额，当年不足抵扣的，可以在以后纳税年度结转抵扣。该规定实质上将有限合伙制创业投资企业从被投资未上市中小高新技术企业取得的收益（包括权益性投资收益和股权转让收益）一并计入有限合伙的收入，扣除成本、费用及损失后计算应纳税所得额再划分给法人合伙人，这种处理方式实质是将有限合伙视为一个税法上的“实体”从而在其层面进行归集计算。但是，我们可以发现，这跟84号文规定对于个人合伙人“股息、红利所得”不计入合伙企业收入直接穿透到合伙人名下计缴个人所得税的基本精神并不相符，也与合伙税制在同一交易事项下应采同一理论基础的标准相违背。即是说，在处理被投资企业“股息、红利所得”时，对于个人合伙人，采集合理论直接穿透划分至个人合伙人，而对于法人合伙人，也应采用同样的标准直接穿透划分到法人合伙人，就像法人合伙人直接投资于被投资企业一样。如果这样理解的话，则只要满足《企业所得税法》第二十六条规定，符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益应为企业的免税收入。显然，此时即使适用70%的抵扣优惠政策，对于股息、红利部分收益并不是优惠政策而是重复征税。同理，来自于被投资企业的股权转让收益也应直接穿透划分至法人合伙人，只不过这个时候应并入法人合伙人的当期应纳税所得额按照适用税率计缴企业所得税，并同时享受70%的抵扣的优惠政策。

（三）116号文政策允许有限合伙层面将不同来源的所得汇总归集后用于抵扣

从116号文第一条的规定来看，有限合伙层面并未区分应纳税所得额计算的来源。即是说，有限合伙企业取得的所有收入都计入收入总额，在扣除成本、费用及损失后得出应纳税所得额再划分至法人合伙人，这就导致法人合伙人可能在抵扣投资额时，将来自于非权益性投资收益的其他收入（比如，有限合伙的管理、投资咨询收入、利息收入、金融资产投资收入等）用于投资额抵扣。让我们以下例来进行说明：

【例35－3】有限合伙制创业投资企业不分所得来源的抵扣政策

假定有限合伙企业A（法人合伙人甲公司占A合伙出资额的10%）投资了未上市高新技术企业B公司（投资额1000万元），同时还为其他企业C公司提供投资管理咨询服务。在当期，从B处取得了股息500万元，从C处取得了咨询费用收入200万元。A当期可以扣除的成本费用等合计为100万元。

问题：法人合伙人甲公司当期应纳企业所得税是多少？

【分析】1. 按照62号文的规定来处理：

根据62号文的规定，它并没有区分有限合伙取得收入的类型和来源，一概表述为分给法人合伙人的应纳税所得额。则：

A当期的应纳税所得额＝（500＋200－100）＝600（万元），按出资比例分配给甲公司的应纳税所得额＝600×10%＝60（万元）。

甲公司对B公司的投资额＝1000×10%＝100（万元）

甲公司可抵扣的应纳税所得额＝60＜70（100×70%），当期未抵扣的剩余10万元可以在以后纳税年度结转抵扣。

2. 按照集合和实体理论并区分收益类型来处理：

对于有限合伙企业A提供管理咨询服务取得的积极所得200万元咨询费用，根据实体理论，应首先在有限合伙企业A归集计算应纳税所得额后再划分到甲公司。A当期的应纳税所得额＝200－100＝100（万元），按出资比例分配给甲公司的应纳税所得额＝100×10%＝10（万元），该部分所得额应按照25%的税率计算企业所得税＝10×25%＝2.5（万元）

对于有限合伙A取得的消极所得500万元股息所得，根据集合理论，应直接穿透划分至甲公司。甲公司计入收入的股息所得为500万元，但该股息属于居民企业之间的免税股息，不计入应纳税所得额，免征企业所得税。

从上述两种计算方式我们可以发现：按照62号文的计算，实质上与甲和A于B公司的投资并无必然关联的C公司的200万元多抵扣了20万元（200×10%），由于这200万元的非投资性收益并不来源于对B公司的投资，但在计算甲公司对B公司的可抵扣的应纳税所得额时，却在对B公司的投资额的额度（70万元）内享受了抵扣的优惠政策，这显然跟鼓励对非上市的中小高新企业的股权投资而给予优惠政策的精神是相违背的。

（四）116号文政策并未明确有限合伙股权转让收益抵扣时投资额如何确定的问题

事实上，在《企业所得税法》及其实施条例以及《国家税务总局关于实施创业投资企业所得税优惠问题的通知》（国税发［2009］87号）有关创业投资企业（法人企业）如何适用时，这个问题就已经存在了。笔者认为，对于此问题，主要存在如下两个问题需要解决：

问题一：如果股权转让行为发生在法人合伙人汇算清缴之前，在对上一年度汇算清缴时，是否可以享受抵扣优惠政策？

笔者认为，此种情形又可以细分为两种情形：

一是，在上一年度终结之前全部转让的，实质相当于在对上一年度汇算清缴时，已经不存在股权投资额了，不可享受抵扣优惠政策［参见【例35－4】情形一中的（1）］；如果仅仅部分转让的，则在对上一年度汇算清缴时，按照剩余的股权投资额计算享受抵扣优惠政策［参见【例35－4】情形一中的（2）］；

二是，在上一年度终结之后下一年度对上一年度汇算清缴之前转让的，实质相当于在上一年度整个期间都存在股权投资额，对于上一年度形成的应纳税所得额应给予抵扣优惠政策。因为即使该股权投资额在上一年度终结之后下一年度对上一年度汇算清缴之前已经转让，但股权转让收益毕竟是全部股权投资额产生的收益，并且已经计入了法人合伙人当期的应纳税所得额计缴企业所得税（参见【例35－4】情形二）。

问题二：如果股权转让行为发生在法人合伙人汇算清缴后（不论是否存在结转抵扣），是否需要追溯调整前期已经抵扣的应纳税所得额？

笔者认为，此种情形下，可以给予优惠政策，即不需要进行追溯调整。即是说，不论是属于问题一中的情形一或者是情形二，由于在最初的年度，整个投资额度都存续，并且已经在最初的年度给予抵扣（不论是否存在结转抵扣），不再需要进行追溯调整（参见【例35－4】情形三）。

让我们在【例35－3】基础上对此问题进行说明：

【例35－4】有限合伙制创业投资企业转让被投资企业股权时，如何处理已经享受的抵扣政策？

基本事实同【例35－3】。

情形一：（1）假定，有限合伙A在第3年期间内转让了其持有的B公司的全部股权，则法人合伙人甲公司在第4年对第3年汇算清缴时，由于甲公司对B公司的投资额已经不存在，所以，甲公司不得享受抵扣优惠政策；（2）基本情况同前述的（1），除了A仅仅转让了50%的股权之外。则，甲公司在第4年对第3年汇算清缴时，由于甲公司对B公司的投资额仅仅只存在50万元（1000×50%×10%），所以，甲公司可以享受优惠政策的投资限额为35万元（50×70%）；

情形二：假定，有限合伙A在第3年终结后、第4年对第3年汇算清缴前全部或部分转让的，则法人合伙人甲公司在第4年对第3年汇算清缴时，实质相当于甲公司在第3年度整个期间都全额存在对B公司的投资额100万元（1000×10%），可以享受抵扣优惠政策的投资限额为70万元（100×70%）；

情形三：假定，法人合伙人甲公司第3年已经从有限合伙A处取得了60万元的应纳税所得额，在70万元的抵扣限额内，因此，在第4年对第3年汇算清缴时，税前调减60万元的应纳税所得额，尚余10万元结转至第4年开始的以后年度抵扣。假定，A在第4年汇算清缴之后全部或部分转让股权的，则甲公司已经在对第3年度汇算清缴时享受的抵扣60万元以及剩余的结转利用10万元额度在第5年度对第4年度汇算清缴时，是否需要进行追溯调整？笔者认为，类似地，由于在第3年度整个期间内，甲公司对B公司的投资额100万元皆存续，所以，不需要追溯调整。

除了前述两个问题之外，实践中，还可能存在一种更复杂的情形。即，如果在转让年度，同时还存在临时的、特别股息、红利所得时，如何计算抵扣的投资额呢？一种思路就是只按照股权转让后的投资额来计算；第二种思路就是分别情形进行处理：如果临时股息、红利分配在前，股权转让收益在后，此时按照转让前投资总额来计算；反之，则按照转让后的投资总额来计算。第三种思路就是，分收益项目类型来分别处理。即对于股息、红利所得，直接穿透划分至法人合伙人，按照免税股息处理；对于股权转让收益按照前述两个问题所确立的规则来处理。笔者倾向于第三种处理思路。

针对前述几个问题，笔者认为，不论是116号文或者《企业所得税法》及其实施条例等都应该明确这些问题以避免适用争议。

（五）81号公告对有限合伙制创业投资企业法人合伙人税收政策的规定

2015年11月30日，国家税务总局发布了《国家税务总局关于有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税有关问题的公告》（国家税务总局公告2015年第81号，下称“81号公告”）。同日，国家税务总局发布了《关于〈有限合伙制创业投资企业法人合伙人企业所得税有关问题的公告〉的解读》。81号公告及其解读对116号文的有关规定在实践中出现的部分问题和争议进行了解释和澄清。主要包括如下几个方面的内容：

1. 明确了有限合伙制创业投资企业的范畴

81号公告第一条规定，有限合伙制创业投资企业是指依照《中华人民共和国合伙企业法》、《创业投资企业管理暂行办法》（国家发展和改革委员会令第39号）和《外商投资创业投资企业管理规定》（外经贸部、科技部、工商总局、税务总局、外汇管理局令2003年第2号）设立的专门从事创业投资活动的有限合伙企业。

2. 明确了法人合伙人的范畴

81 号公告第二条明确法人合伙人只能是缴纳企业所得税的法人居民企业，并且限定法人合伙人的企业所得税征收方式为查账征收。

3. 明确了优惠政策适用范围

81 号公告第三条明确了“满 2 年”的涵义，系指自 116 号文件执行之日起，创业投资企业投资于未上市中小高新技术企业的实缴投资满 2 年（24 个月），同时，法人合伙人对该创业投资企业的实缴出资也应满 2 年。前述规定实质明确了实务中两个有争议的问题：

一是，在 2014 年《公司法》下，公司注册资本制度改实缴制为认缴制之后，应当以实缴出资来确定满 2 年是合理的做法，因为如果注册资本一直未到位的话，显然并不能用于计算可抵扣的投资限额。同时，还强调必须是满足两个实缴投资都必须满 2 年（24 个月）；

二是，明确了“满 2 年”如何进行界定。解读举例进行了说明，“A 企业于 2012 年 10 月 2 日投资于某有限合伙制创业投资企业，该有限合伙制创业投资企业又于 2013 年 10 月 2 日投资于中小高新技术企业，至 2015 年 10 月 2 日该投资满 2 年，A 企业满足优惠政策条件。”

同时，81 号公告及其解读还明确了法人合伙人投资于多家有限合伙制创业投资企业，可以合并计算可抵扣的投资额和分得的应纳税所得额。这是考虑到法人合伙人可能会投资多家符合条件的有限合伙制创业投资企业，而有限合伙制创业投资企业的分配可能会有所差别，有些会有应纳税所得额的分配，有些则没有，因创业投资企业的投资活动本身具有一定的风险，有些项目可能永远没有回报。如果限定其可抵扣的投资额仅能抵减从其对应投资的有限合伙制创业投资企业分得的应纳税所得额，则会造成法人合伙人的可抵扣投资额无法完全得到抵减，从而削弱该项优惠的政策效应。

4. 明确法人合伙人投资额的计算方法

81 号公告明确了有限合伙制创业投资企业的法人合伙人对未上市中小高新技术企业的投资额的计算方法。为避免法人合伙人变动影响优惠政策的享受，公告规定法人合伙人应在满足优惠条件的当年按照规定计算确定其对未上市中小高新技术企业的投资额。如上例中，A 企业应在 2015 年度汇算清缴时计算确定其对中小高新技术企业的投资额的 70% 部分。

为适应公司注册资本登记制度改革，公告规定有限合伙制创业投资企业对中小高新技术企业的投资额按实缴投资额计算；法人合伙人占有限合伙制创业

投资企业的出资比例按法人合伙人对创业投资企业的实缴出资额占该创业投资企业的全部实缴出资额的比例计算。

5. 明确有限合伙创业投资企业应纳税所得额按照“先分后税”原则处理

81 号公告明确了有限合伙制创业投资企业仍应依据财税［2008］159 号文件，确定及合理分配应纳税所得额。新《企业所得税法》实施以来，有关合伙制所得税问题，在财税〔2008〕159 号文件中确立了“先分后税”的基本原则，也规定了合伙企业应纳税所得额的计算及分配原则，为此，目前仍以此文件作为本公告的配套征收管理工作的依据。

6. 明确法人合伙人备案享受优惠政策的手续

81 号公告明确了有限合伙制创业投资企业需按照文件要求填报《有限合伙制创业投资企业法人合伙人应纳税所得额分配情况明细表》的义务。之所以设定 3 个月的申报期限，主要考虑是一方面与一般合伙企业的个人所得税申报时间保持一致，另一方面也为了保证了法人合伙人在 5 月 31 日前进行年度企业所得税汇缴申报时，能够及时提供有关纳税申报资料。

同时，由于有限合伙制创业投资企业的经营所得和其他所得采取“先分后税”的原则，且有限合伙制创业投资企业主管税务机关与有限合伙制创业投资企业的法人合伙人的主管税务机关有可能不一致，为便于法人合伙人主管税务机关加强监管，在苏州工业园区政策试点的基础上，简化原备案资料为留存企业备查，增加《法人合伙人应纳税所得额抵扣情况明细表》，以便于企业核算和税务机关核实应纳税所得额结转抵扣情况。同时要求报送《有限合伙制创业投资企业法人合伙人应纳税所得额分配情况明细表》，有利于法人合伙人主管税务机关及时获得抵扣信息的详细资料，兑现优惠政策。

六、外资有限合伙的所得税问题

对于境外私募股权投资基金在中国境内设立人民币基金已经基本有法可依。主要的法规政策包括两个层面：一是国家层面的法规、规范性文件。包括《国家发展改革委办公厅关于促进股权投资企业规范发展的通知》（发改办财金［2011］2864 号）、《国家发展改革委办公厅关于进一步规范试点地区股权投资企业发展和备案管理工作的通知》（发改办财金［2011］253 号）、《外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业管理办法》（国务院令第 567 号）、《外商投资合伙企业登记管理办法》（国家工商行政管理总局令第 47 号）以及《外商投资创业投资企业管理规定》、《商务部关于外商投资创业投资企业、创业投资管理企

业审批事项的通知》（商资函［2009］9号）和《商务部关于完善外商投资创业投资企业备案管理的通知》（商资函［2012］269号）、《国家外汇管理局关于改革外商投资企业外汇资本金结汇管理方式的通知》（汇发［2015］19号）等；二是各地方层面的政策文件。譬如，上海、北京、天津、深圳、重庆、广州、成都、新疆等主要省市都出台了相应的政策和优惠措施。但由于政策不统一，各地的措施不尽相同。

（一）外资有限合伙模式概述

从实践来看，境外私募股权投资基金在境内设立人民币股权投资基金通常可以采用三种模式：公司制模式、非法人合作企业模式和有限合伙模式。在本部分，我们仅仅讨论实践中广为采用的有限合伙模式。所谓有限合伙模式是指，境外私募股权投资基金在中国境内发起设立有限合伙企业并以该有限合伙企业对境内目标公司进行投资的模式。在该模式下，境外私募股权投资基金可以选择作为普通合伙人直接在境内发起设立有限合伙企业，也称为“直接有限合伙模式”；亦可以选择在境内先设立基金管理公司，再由该基金管理公司作为普通合伙人在境内发起设立有限合伙企业，这种方式也称为“间接有限合伙模式”。

（二）直接有限合伙模式及其税务问题

根据《外商投资创业投资企业管理规定》[①] 和《外商投资合伙企业登记管理办法》以及部分地方政府设立股权投资企业[②]的规定，境外私募股权投资基金可以在境内设立有限合伙制的创业投资企业和股权投资企业。其模式如下图：

① 笔者注：根据该办法第三条规定，本规定所称创业投资是指主要向未上市高新技术企业进行股权投资，并为之提供创业管理服务，以期获取资本增值收益的投资方式。

② 笔者注：比如，上海市《关于本市股权投资企业工商登记事项的通知》（沪金融办通［2011］10号）以及《关于本市开展外商投资股权投资企业试点工作的实施办法》（沪金融办通［2010］38号）。实施办法第二条规定，本办法所称的外商投资股权投资企业，是指在本市依法由外国企业或个人参与投资设立的，以对非上市企业进行股权投资为主要经营业务，并符合本办法第三章有关要求的企业；本办法所称的外商投资股权投资管理企业，是指在本市依法由外国企业或个人参与投资设立的，以发起设立股权投资企业，和/或受托进行股权投资管理为主要经营业务，并符合本办法第二章有关要求的企业。

图 35－2：直接有限合伙模式架构

境外私募股权投资基金（GP）（有限公司）

境外

境内

外商投资股权投资管理企业

有限合伙人（LP）（个人或法人）

管理服务

PE基金（有限合伙）

目标公司

在直接有限合伙模式中，PE 基金（有限合伙）本身不属于所得税的课税主体，其从目标公司取得的股息、红利所得与股权转让所得应划分到合伙人层面分别计缴企业所得税或个人所得税。需要注意的是，就 PE 基金（有限合伙）向境外私募股权投资基金（GP）划分股息、红利或股权转让所得，我国有关合伙税法并没有明确规定。但根据合伙税制的集合理论，应将 PE 基金（有限合伙）视为“透明体”，即视为目标公司直接对境外私募股权投资基金（GP）分配股息、红利所得或股权转让所得；但对于管理费，则应属于跨境费用的支付。

1. 如果境外私募股权投资基金属于外国公司法人，则根据《企业所得税法》及其实施条例[①]的规定，境外私募股权投资基金从有限合伙分得的所有收益应视为来源于中国境内的所得。按照如下规定分别处理：

（1）如果该基金在中国境内未设立机构、场所或虽设立机构、场所但前述所得与所设机构、场所并无实际联系，或者如果该基金在中国境内设立的 PE 基

① 《企业所得税法》第三条规定，居民企业应当就其来源于中国境内、境外的所得缴纳企业所得税。非居民企业在中国境内设立机构、场所的，应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得，以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得，缴纳企业所得税。非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所，但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税。第四条规定，企业所得税的税率为 25%。非居民企业取得本法第三条第三款规定的所得，适用税率为 20%。第二十七条规定，企业的下列所得，可以免征、减征企业所得税：（五）本法第三条第三款规定的所得。《企业所得税法实施条例》第九十一条规定，非居民企业取得企业所得税法第二十七条第（五）项规定的所得，减按 10% 的税率征收企业所得税。

金（有限合伙）不被视为机构、场所的话，则应由该 PE 基金（有限合伙）代扣代缴所得税，税率为 10% 或税收协定优惠税率（是否可以适用税收协定优惠待遇，后文详述）。

（2）如果该基金在中国境内设立机构、场所（比如，设立外商投资股权投资管理企业或委托其他股权投资企业进行管理）或者设立的 PE 基金（有限合伙）被视为机构、场所，并且前述所得与该机构、场所有实际联系的话，则应由境外私募股权投资基金按照 25% 的税率计缴企业所得税。

2. 如果境外私募股权投资基金属于外国有限合伙，则将存在更复杂的适用问题。主要包括如下三个问题颇具争议（亦存在于公司制的境外私募股权投资基金）。

【疑难问题 35－1】境内股权投资有限合伙划分的目标公司的股息、红利所得的税法属性是否改变？

合伙税制如何适用集合理论和实体理论之争议由来已久，目标公司的股息、红利之争就是其中之一。从我国合伙税制的规定和实践（主要是 84 号文关于个人合伙人直接分得股息、红利所得）来看，笔者认为，应将有限合伙视为“透明体”，因为股息、红利所得属于消极所得或者投资组合所得，本身并不属于有限合伙的生产经营所得，从根本上来看，即使有限合伙本身从事的就是“股权投资”，也并不构成从事税法上的“贸易或营业”（“Trade or Business”），所以，该等所得应直接“穿透”有限合伙划分至合伙人，并保持其股息、红利的税收属性不变，而不是作为有限合伙的“营业利润”处理。为什么要讨论这个问题，因为这涉及是否适用股息、红利的所得税政策以及如何适用税收协定条款及税率的问题。

【疑难问题 35－2】[①] 境外有限合伙是否可以成为享受税收协定待遇的主体？

境外合伙企业是否具备享受税收协定待遇的主体资格，是指合伙企业以自己的名义要求缔约国双方税务机关对合伙企业取得的有关所得课税时，应执行税收协定中的有关条款规定，而不能仅依据缔约国的国内所得税法规定进行课税。

目前中国与 90 个国家之间缔结的双边税收协定都是在参照 OECD 范本或 UN 范本的模式基础上签订的。根据此类协定的规定，原则上限于对具有缔约国一方居民身份的纳税人适用。只有那些在缔约国一方负有居民纳税义务的人，

① 笔者注：本部分内容参考了“国际税收协定适用于合伙企业及其所得课税的问题——以中国执行双边税收协定为视角”，作者：廖益新，《上海财经大学学报》，2014 年 11 月 9 日。

才具有要求享受中外双边税收协定中的优惠待遇的主体资格。合伙企业本身是否具有享受协定待遇的主体资格，取决于有关合伙企业是否具有此类协定意义上的缔约国一方居民的纳税主体地位。根据此类双边税收协定中关于“缔约国一方居民”的定义规定，首先，必须是一个协定意义上的“人”；其次，缔约国一方居民必须是在该国负有纳税义务的“人”，即具有纳税主体资格；第三，这种纳税义务必须是基于住所、居所、管理机构场所这类居住性质的法律事实标准而引起的。合伙企业本身能否构成缔约国一方的居民，从而能否主张享受该缔约国对外签订的税收协定待遇，同样取决于有关合伙企业是否同时符合上述三项构成要件。

（1）OECD《合伙企业适用税收协定范本》研究报告（下称“《报告》”）[①]和据此报告经过修订后的 OECD 范本注释已经作出了明确的肯定解释，即合伙企业应该认为属于协定范本第 3 条第 1 款 A 项定义范围内的“人”。因此，境外私募股权投资基金（有限合伙）本身构成税收协定中的“人”；

（2）关于境外合伙企业本身是否负有纳税义务的认定问题。应根据缔约国对方国内税法是否赋予合伙企业独立纳税主体地位来予以确定。譬如，境外私募股权投资基金（有限合伙）为依照美国合伙法律设立的有限合伙企业，则依照美国税法的规定，该合伙企业并不具有美国独立纳税主体地位；[②]

（3）关于纳税义务必须是基于住所、居所、管理机构场所这类居住性质的法律事实标准而引起的问题。需要根据合伙企业是否在缔约国对方是否基于住所、居所、管理机构场所等居住性质来综合判断。譬如，境外私募股权投资基金（有限合伙）为在美国设立并因住所而引起。

综上所述，关于外国合伙企业本身是否具备享受有关中外双边税收协定待遇的主体资格问题。应区分如下情形来分析：

（1）在缔约国对方国内税法赋予合伙企业独立纳税主体地位的条件下，如果某个外国合伙企业具备构成该缔约国对方居民纳税人的法律事实，则该外国合伙企业有资格享受中国与该缔约国之间的税收协定待遇，中国对该外国合伙企业取得的来源于中国境内的有关所得的课税，应执行两国间税收协定的条款规定；

（2）如果某个外国合伙企业在缔约国对方税法上并不具有纳税主体地位，或在该缔约国对方不负担居民纳税义务，虽然这种外国合伙企业在中国现行企

① OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, April 2000.

② See 26 USC § 701.

业所得税法下具有纳税主体地位，只要该外国合伙企业不构成中国企业所得税法意义上的居民企业，仅是就来源于中国境内的有关所得负担有限的纳税义务，这种情形下的外国合伙企业本身不能主张享受中国与该缔约国对方之间的税收协定待遇；

（3）如果某个外国合伙企业具备了中国企业所得税法规定的居民企业构成条件（例如该外国合伙企业的实际管理机构位于中国境内），从而在中国应负担居民企业纳税义务，则应该确认其本身有资格享受中国对外签订的双边税收协定待遇。

【疑难问题 35－3】境内股权投资有限合伙是否视为境外合伙人（普通合伙人和有限合伙人）在中国境内的“机构、场所”？

这个问题的重要性不言而喻，因为根据我国《企业所得税法》及其实施条例的规定，如果一个外国企业（包括依照外国法律成立的外国合伙企业，后文详述）在中国境内设有机构、场所，则与该机构、场所有实际联系的境内和境外所得均为来源于中国境内的所得，适用税率为 25%。如果该外国企业在中国境内未设立机构、场所，则其来源于中国境内的所得应缴纳预提所得税，税率为 10%（或税收协定优惠税率）。由于预提所得税率或税收协定税率较低，因此对于境外的股权投资人（消极投资）当然希望被认定为在中国境内未设立机构、场所，以使他们来源于中国的投资所得适用较低的所得税率。

判断境内股权投资有限合伙是否构成境外合伙人在中国税法下的机构、场所，[①] 首先必须明确什么是机构、场所。根据《企业所得税法实施条例》第五条规定，企业所得税法第二条第三款所称机构、场所，是指在中国境内从事生产经营活动的机构、场所，包括：（一）管理机构、营业机构、办事机构；（二）工厂、农场、开采自然资源的场所；（三）提供劳务的场所；（四）从事建筑、安装、装配、修理、勘探等工程作业的场所；（五）其他从事生产经营活动的机构、场所。非居民企业委托营业代理人在中国境内从事生产经营活动的，包括委托单位或者个人经常代其签订合同，或者储存、交付货物等，该营业代理人视为非居民企业在中国境内设立的机构、场所。从前述规定可以看出，外国企业在中国的机构、场所表现为两种形式：一是，管理机构、工厂等形式；二是营业代理人形式。

因此，最终的问题就是外国合伙人持有中国境内合伙权益是否构成其中任

---

① 笔者注：机构、场所在税收协定意义上亦被称为“常设机构”（permanent establishment）。

何一种形式的机构、场所。这个问题更显复杂，即使在美国合伙税法的历史上也是颇多争议的一个领域。从美国合伙税法的历史演变和普通法实践来看，美国税法并不区分外国合伙人是否属于普通合伙人或是有限合伙人，统一将合伙企业的经营行为和场所归属于外国合伙人。[①] 但需要注意的是，尽管IRC存在第875条以及Donroy案[②]规则，但大多数在美国投资的PE基金的外国合伙人并不被视为在美国从事“贸易或营业”，因为外国人在美国从事的很多投资行为都不属于美国税法上的“贸易或营业”的范围，同时其普通法实践一贯以来的立场都是认为单纯的投资行为不构成“贸易或营业”。因此，在美国，只要美国国内合伙企业仅从事投资行为，即使根据第875条这种行为应该归属于外国合伙人，该合伙人也不会视为在美国从事“贸易或营业”。从这个意义上讲，对于股权投资的有限合伙而言，即使将美国境内股权投资有限合伙企业视为构成外国合伙人（不论普通合伙人或是有限合伙人），但由于其不构成“贸易或营业”，也不存在等同于“居民企业”的纳税义务。

借鉴完美国税法的相关实践，我们再来看看我国税法的规定。应该说，我国税法在这一块领域尚为“空白”。目前，唯一可以参照适用的规定可以追溯到新《企业所得税法》施行之前的《关于外商投资创业投资公司缴纳企业所得税有关税收问题的通知》（国税发［2003］第61号，下称“61号文”）。[③] 61号文第三条依然有效的部分规定：“但非法人创投企业没有设立创投经营管理机构，不直接从事创业投资管理、咨询等业务，而是将其日常投资经营权授予一家创业投资管理企业或另一家创投企业进行管理运作的，对此类创投企业的外方，

---

① 26 USC § 875. 该条规定，如果非居民外国个人或外国公司作为合伙人的合伙企业在美国从事经营，那么该非居民外国个人或外国公司应视为在美国从事经营。在美国税法中，第875条被认为既适用于普通合伙人，也适用于有限合伙人。还可以参见判例：Donroy, Ltd. v. United States , 301 F 2d 200（9th Cir. 1962）. Robert Unger, TC Memo 1990－15, affirmed on appeal in Unger v. Comm'r, 936 F 2d 1316（DC Cir. 1991）.

② Donroy, Ltd. v. United States , 301 F 2d 200（9th Cir. 1962）.

③ 笔者注：《国家税务总局关于公布全文失效废止部分条款失效废止的税收规范性文件目录的公告》（国家税务总局公告2011年第2号）废止了61号文部分条款和条文。该文第三条规定，组建为非法人的创投企业，根据税法细则第七条的规定，可由投资各方分别申报缴纳企业所得税；也可以由创投企业申请，经当地税务机关批准，统一依照税法的规定，申报纳税企业所得税。非法人创投企业投资各方采取分别申报缴纳企业所得税的，对外方投资者应按在我国境内设立机构、场所的外国公司，计算缴纳企业所得税。但非法人创投企业没有设立创投经营管理机构，不直接从事创业投资管理、咨询等业务，而是将其日常投资经营权授予一家创业投资管理企业或另一家创投企业进行管理运作的，对此类创投企业的外方，可按在我国境内没有设立机构、场所的外国企业，申报缴纳企业所得税。加下划线部分失效。

可按在我国境内没有设立机构、场所的外国企业，申报缴纳企业所得税。”[①] 从该规定看，对于非法人创业投资企业（比如，非法人中外合作企业）的投资外方可按照在中国境内未设立机构、场所的外国企业征税。当然，该规定是否适用于股权投资有限合伙企业，并不明确和清晰。

笔者认为，如果要构建此税法规则——即外国投资者在中国境内的有限合伙是否被认定为构成机构、场所以及是否构成“营业利润”。可构筑如下规则：

（1）区分外国投资者是普通合伙人或是有限合伙人。如果属于普通合伙人或者普通合伙人委托其他创业投资管理企业或另一家创投企业进行管理运作(构成代理人)，则境内的有限合伙企业构成机构、场所；如果属于有限合伙人，并且不参与有限合伙企业的经营管理，则境内的有限合伙企业不构成机构、场所；

（2）区分消极所得和积极所得。即，即使外国投资者在中国境内的有限合伙企业构成税法上的机构、场所，但只要其从事的仅仅是单纯的、消极的股权投资活动，则不应属于税法上的积极生产经营所得，即不构成“营业利润”。此时，亦不应按照“居民企业”执行25%的普通税率。但如果境内的有限合伙企业从事了积极的“贸易或营业”的话（譬如，制造、销售货物等），则构成“营业所得”，应执行25%的普通税率。

因此，如果境外私募股权投资基金（外国投资者）属于合伙企业或者个人，则：

（1）境外私募股权投资基金属于合伙企业。尽管新《企业所得税法》第一条第二款明确规定：“个人独资企业、合伙企业不适用本法。”但需要注意的是，《企业所得税法实施条例》第二条对此解释到：“企业所得税法第一条所称个人独资企业、合伙企业，是指依照中国法律、行政法规成立的个人独资企业、合伙企业。”因此，我们可以看出，企业所得税法上排除的合伙企业仅限于依据中国法律、行政法规成立的合伙企业（下称“中国合伙企业”），并不包括依照外国（地区）法律设立的合伙企业（下称“外国合伙企业”）。因此，外国合伙企业仍然属于中国企业所得税法意义上的纳税主体。[②] 因此，如果境外私募股权投资基金属于外国合伙企业的，应当按照前述的两点原则进行处理，不再赘述。

---

① 尽管该部分规定并未失效，但笔者认为该规定毕竟是在新《企业所得税法》实施之前的规定，在实践中可参照适用，但也仅仅限于非法人创业投资企业的范畴。

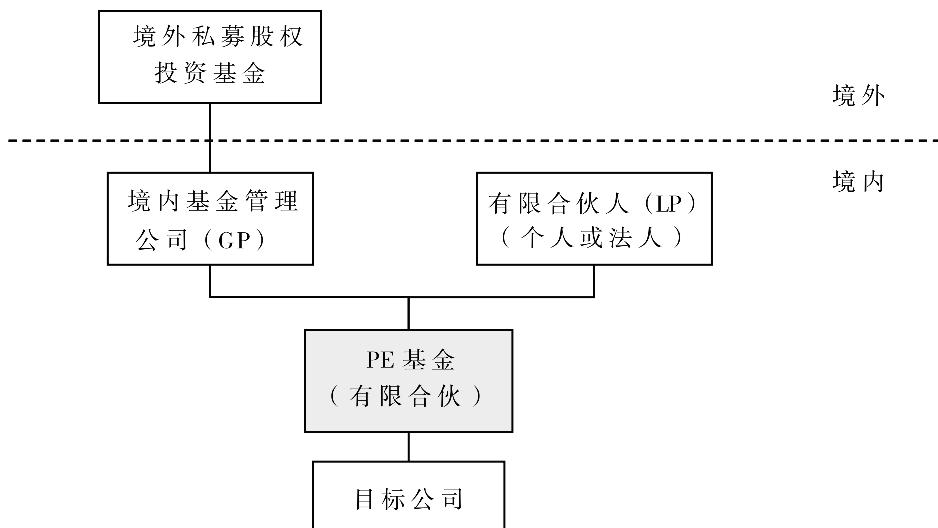
② 笔者注：请读者参阅《中华人民共和国企业所得税法实施条例释义》，作者：《中华人民共和国企业所得税法实施条例》立法起草小组，中国财政经济出版社，2007 年 12 月。

（2）境外私募股权投资基金属于个人。则根据《个人所得税法》及其实施条例的规定，境外个人来源于中国境内的所得，应当依法计缴个人所得税，由PE基金（有限合伙）代扣代缴所得税。

（三）间接有限合伙模式及其税务问题

间接有限合伙模式与直接有限合伙模式的主要区别在于前者在中国境内设立基金管理公司（外商投资企业）担任普通合伙人而非直接担任普通合伙人发起设立境内股权投资有限合伙企业。其模式如下图：

图35-3：间接有限合伙模式架构



在间接有限合伙模式中，PE基金（有限合伙）本身不属于所得税的课税主体，其从目标公司取得的股息、红利所得与股权转让所得应划分到合伙人层面分别计缴企业所得税或个人所得税。此时，作为普通合伙人的境内基金管理公司（GP）本身属于居民企业，所以其取得的所得应按照25%的适用税率计缴企业所得税（当然如果属于62号文规定情形的，可以享受70%抵扣的优惠政策）。在境内基金管理公司（GP）向境外私募股权投资基金分配股息、红利时，亦需要代扣代缴预提所得税，税率为10%（或税收协定税率）。从上述模式，可以看出，与直接模式相比较，间接模式存在双重征税，但其优势在于，根据外管局于2015年3月30日颁布并于2015年6月1日起实施的《国家外汇管理局关于改革外商投资企业外汇资本金结汇管理方式的通知》（汇发［2015］19号）的规定，外商投资企业外汇资本金实行意愿结汇管理，企业可自由选择资本金

结汇时机。同时，外商投资企业可以结汇所得人民币资金开展境内股权投资。

最后，笔者将外资有限合伙的企业所得税政策总结如下表：

表 35－1：外资有限合伙的企业所得税政策

<table>
<tr><th rowspan="3">投资者的所得类型</th><th colspan="2">法人合伙人</th><th colspan="3">个人合伙人</th></tr>
<tr><th rowspan="2">境内合伙人[①]</th><th rowspan="2">境外合伙人</th><th rowspan="2">境内合伙人</th><th colspan="2">境外合伙人[③]</th></tr>
<tr><th>GP</th><th>LP</th></tr>
<tr><td>境内有限合伙生产经营所得（积极所得）</td><td>25%企业所得税</td><td>25%企业所得税/10%预提所得税（或协定税率）</td><td>比照“个体工商户的生产经营所得”计征个人所得税（5%－35%）</td><td>构成机构、场所，25%企业所得税</td><td rowspan="3">不构成机构、场所，10%预提所得税（或协定税率）</td></tr>
<tr><td>境内有限合伙对外投资取得的股息、红利所得（消极所得）</td><td>25%企业所得税/免税股息[②]</td><td>25%企业所得税/10%预提所得税（或协定税率）</td><td>按照“利息、股息、红利”计征个人所得税（20%）</td><td rowspan="2">构成机构、场所，但不属于营业利润，10%预提所得税（或协定税率）</td></tr>
<tr><td>境内有限合伙转让目标公司股权投资取得的股权转让所得（消极所得）</td><td>25%企业所得税</td><td>10%预提所得税（或协定税率）</td><td>按照“财产转让所得”计征个人所得税（20%）</td></tr>
</table>

注：①境内法人合伙人如果符合62号文和116号文规定条件的，可以享受70%投资额抵扣优惠政策；

②是否能够享受免税股息待遇，目前尚不明确，按照实践一般是不行；

③境外合伙人构成我国《企业所得税法》意义上的纳税主体。应区分普通合伙人和有限合伙人、是否构成机构、场所以及区分积极所得或消极所得，分别适用25%企业所得税或者10%预提所得税（或协定税率）。

专题36：信托税制与实践

内容概览

实践中，除了合伙之外，信托也越来越多地成为投资人进行投融资、财富管理、税收筹划的平台。信托在税收属性上“天然”具有规避税收之特性，这也是现实生活中信托被广泛运用于证券投资基金、股权信托投资、PE信托基金等的一个重要原因。鉴于我国信托税制基本属于“空白”，而英美国家的信托税制已经相当完备，本专题在介绍信托税制的基本原理、税收制度时将基本以美国信托税制为“蓝本”来进行。本专题主要包括如下内容：

■ 信托的概念、法律特征及其类型

■ 信托税制的基础理论及其框架体系

■ 我国信托税制的基本规定与现状

■ 离案信托及其实践

一、信托的概念、法律特征及其类型

（一）信托的概念

从英美法系来看，信托制度来源于英国衡平法，被誉为世界法理学上“最伟大的发明”。其结构是，信托创立人或委托人（settlor or grantor）将自己的财产，即信托财产（trust property）转移给受托人（trustee/ fiduciary），由受托人为信托受益人（beneficiaries）之利益，来管理或处分该财产。简单地说，信托是透过受托人所提供的一种财产管理机制，此机制是具有长期规划性质、可用以保密、且极富弹性空间，更能保障受益人利益的一种财产转移与管理之设计。[1]

信托的本质在于责任与利益的分离。它将信托资产的财产所有权分割为二，一是由受托人承受了信托财产普通法上的“名义财产所有权”（legal title），另

① 《信托制度，比较法研究》，周小明著，法律出版社1996年版，第38页。

一是由受益人所享有的衡平法上的“受益财产所有权”（equitable title）。因此，随着此名义财产所有权所生的管理责任与风险责任，将归属于受托人，但所有随着受益财产所有权所生的利益，则完全归受益人享有。即是说，信托可使受益人处于一种只享利益而免去责任的优越地位。

依据《中华人民共和国信托法》（下称“《信托法》”）第二条的规定，信托是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。该定义回避了信托财产的所有权问题，仅规定信托财产需要“委托给”受托人。事实上，在大陆法系国家的法律传统中，所有权被认为应当是绝对的“一物一权”，所以在对信托进行定义时一般都回避了“双重所有权”的问题，仅仅规定信托财产的财产权需要转移给受托人。

（二）信托的当事人及其法律特征

一般地，信托的当事人包括委托人、受托人和受益人。

1. 信托委托人

根据《信托法》第十九条规定：“委托人应当是具有完全民事行为能力的自然人、法人或者依法成立的其他组织。”委托人的主要的义务是向受托人转移信托财产；其主要的权利是指定受托人，确定信托的受益人以及受益人应当享有的收益权，但委托人创设自由裁量信托（Discretionary Trust）[①] 的除外。

2. 信托受托人

受托人是指接受委托，实际控制信托财产，按照信托合同的规定管理或处分信托财产的人。根据《信托法》第二十五条规定：“受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。”

3. 信托受益人

设立信托受益人是信托法律区别于其他法律制度的最重要的特征。因为，设立信托的目的就是为了受益人的利益。根据《信托法》第四十三条规定：“受益人是在信托中享有信托受益权的人。受益人可以是自然人、法人或者依法成立的其他组织。委托人可以是受益人，也可以是同一信托的唯一受益人。受托

① 笔者注：在自由裁量信托下，委托人在设立信托后，通常将失去对信托财产的任何所有权利益，除非他保留某些权力。当按照比例分配资本和/或信托收益给受益人时，受托人通常被给予对信托财产的广泛的自由权力和决定权。因此而言，受益人被视为在信托中并不拥有一个特定的权益，而仅当受托人行使其判断时，享有被考虑的权利。

人可以是受益人，但不得是同一信托的唯一受益人。”

4. 信托财产

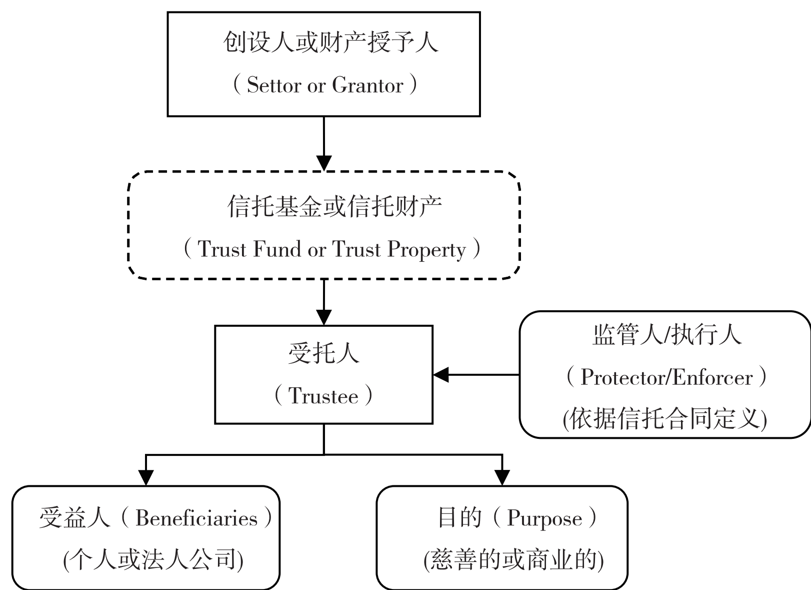
根据《信托法》第十四条的规定：“受托人因承诺信托而取得的财产是信托财产。受托人因信托财产的管理运用、处分或者其他情形而取得的财产，也归入信托财产。法律、行政法规禁止流通的财产，不得作为信托财产。法律、行政法规限制流通的财产，依法经有关主管部门批准后，可以作为信托财产。”第十五条规定：“信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别。设立信托后，委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时，委托人是唯一受益人的，信托终止，信托财产作为其遗产或者清算财产；委托人不是唯一受益人的，信托存续，信托财产不作为其遗产或者清算财产；但作为共同受益人的委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时，其信托受益权作为其遗产或者清算财产。”第十六条规定：“信托财产与属于受托人所有的财产（以下简称‘固有财产’）相区别，不得归入受托人的固有财产或者成为固有财产的一部分。受托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产而终止，信托财产不属于其遗产或者清算财产。”

从上述规定可以看出，信托财产具有独立性，它独立于委托人和受托人的固有财产，使信托成为一种有效的风险隔离机制，使委托人得以安心地将财产交由受托人管理，并使信托财产所有权、管理权和收益权的分离成为可能。

5. 信托的法律特征

通常，一个信托具有如下法律特征：（1）信托财产构成独立的财产或基金，并且不属于委托人、受托人固有财产的一部分；（2）信托财产或基金的普通法上的所有权（名义所有权）归属于受托人或者代表受托人的任何其他人；（3）受托人依据信托条款和由法律特别施加的义务而享有权利和承担义务负责管理、使用或者处置信托财产；（4）受益人依据信托条款和法律的特别规定在信托中享有权益。下图 36－1 显示了这种关系：

图 36 - 1：信托当事人及其法律关系



（三）信托的类型

应该说，不同的司法区域对信托种类的规定略有不同。就税收计划或筹划之目的，我们主要介绍如下分类：

1. 固定收益信托（Fixed Interest Trust）和自由裁量信托（Discretionary Trust）

固定收益信托是指委托人创设信托并确定具体的受益人以及各受益人的受益权份额或数额的信托。譬如，委托人 A 设立了一个信托，规定其配偶 B 在有生之年享有信托财产的收益权，在 B 死后，将所有的信托财产的收益权转移给 A 和 B 的儿子 C。在这种的信托中，B 作为受益人在其有生之年享有直接占有的权益（interest in possession），而 C 对信托财产享有将来的权益（reversionary interest）。[①]

自由裁量形式的信托通常能够为创设人和受益人提供最大程度的灵活和有效的结构。在设立信托后，创设人通常将失去对信托财产的任何所有权利益，而由受托人控制信托财产，委托人一般只确定受益人的大致范围，受托人具有一定的自由裁量的权利，从而决定信托的实际受益人、受益人的收益权来自于

① 笔者注：在某些委托人信托中，也有根据权益重新复归的特性，翻译为“复归权益”。

信托财产或是信托财产的收益，以及受益人享有的收益权的范围。此时，受益人不享有对信托财产的确定的权利，由受托人根据具体情况自由裁量确定受益人及其收益权份额。譬如，委托人 A 设立了一个自由裁量信托，规定其受益人为其 3 个儿子 B、C 和 D，而如何分配收益权的权利则保留给受托人 E。因此，受托人可以根据具体情况将信托财产的本金或收益权分配给 B、C 和 D，如果 E 将大部分信托财产的收益权分配给 B，而 B 正好有大量的可抵扣项目的话，则将使得 B 的应税所得额减少（如果采用累进税率的话，还可以使得 B 的适用税率降低），从而使得指定受益人的税负减少。

2. 单纯信托（Bare Trust）和特定信托（Special Trust）

单纯信托也称为简单信托（simple trust），是指受托人对信托财产不承担任何积极的义务，仅根据委托人的指示或受益人的要求，把信托财产转移给受益人。这样的信托通常在委托人的控制下，某些情形下，也称为委托人信托（grantor trust）。然而，在信托税法意义上的简单信托往往具有其特定的含义。

【疑难问题 36－1】什么是税法上的简单信托——以美国信托税制为例

在美国信托税制中，简单信托是指满足如下条件的信托：① （1）被要求分配，但在信托获得该所得的年度，并不完全地实际分配该等所有所得；（2）不具有一个慈善受益人；以及（3）不得分配本金（Corpus or Principal）。②

譬如，自然人甲创设了一个不可撤销信托，甲向信托转移了现金、股票和债券。该信托文件规定，金融证券的收益权益（income interest）分配给他的女儿乙和丙。来自于利息和股息的所有所得平等地划分并分配给他的女儿们。所有的资本利得被信托所保留累积。在第 20 年末，信托将终止，并且在他的遗嘱条款下，本金将被分配给两个女儿和他的四个孙子。

在一个简单信托中，可分配净所得（Distributable Net Income，“DNI”）③ 被分配给收益受益人（income beneficiaries）并对其征税。信托则仅对资本利得（capital gains）和保留在本金中的其他所得纳税。

---

① 26 USC § 651（a）.

② “本金”系指委托人创设信托时投入的资本金和后续依据法律规定或信托合约约定划归至资本金的资本利得或其他所得的金额。

③ 笔者注：DNI 被用于计算信托和受益人之间所得的分配。DNI 通常被用于限制一个信托被允许扣除的对一个受益人的分配的金额。受益人仅仅在 DNI 的范围内被征税，超过 DNI 的分配被视为一个免税的本金的分配。简单地，DNI＝总信托所得（不包含免税所得）－可扣除费用＋（免税利息－在计算应税所得中不允许扣除的费用和被用于作出慈善捐赠的费用部分）＋资本利得－资本利亏。有关 DNI 的计算已经超出了本专题研究的范围，不再详述。

特定信托也称为积极信托（active trust），是指委托人明确指出信托的性质和受托人的责任，受托人负有相应的积极的义务或者享有自由裁量权，受托人必须根据信托的目的履行其职责，以实现委托人的意图。然而，在信托税法意义上的特定信托又通常被称为“复合信托”（Complex Trust）。

【疑难问题 36－2】什么是税法上的复合信托——以美国信托税制为例

在美国信托税制中，复合信托是指一个被允许累积所得，具有一个慈善受益人或者可分配本金的信托。或者说，复合信托是除简单信托之外的任何其他信托。

譬如，甲为他唯一的儿子乙（20 岁）创设了一个不可撤销的信托。依据信托条款，信托保留所有的所得直到乙年满 25 岁。在该年，受托人向乙分配所有的当期所得外另加 15 万元。信托还将继续分配所有所得给乙直到甲死亡，在其死亡时，信托的本金将分配给乙。

在一个复合信托中，DNI 首先实打实地分配当期所得给受益人。剩余 DNI 在接受自由裁量分配或其他支付的受益人之间按比例划分。

需要注意的是，一个信托可以在某一年是一个简单信托，也可能在随后的一年就是一个复合信托。所有的信托在其最后年度都是复合信托，因为所有的本金在信托终止时被分配。一个被允许但并不是被要求分配本金的信托在其实际分配本金的年度是一个复合信托，但在其并未实际分配本金的年度是一个简单信托。一个能够决定分配或累积的信托总是一个复合信托，即使在其并未实际作出分配的年度亦是如此。

在税法意义上，单纯信托或委托人信托往往不是纳税主体，而将委托人视为纳税主体。譬如，在美国，对于信托的税收法律则受到联邦法律和州法律的双重监管。在联邦税收法律层面，主要规范信托的制定法是《联邦税收法典》的 J 分章（第 641 条至第 644 条；第 651 条和第 652 条，以及第 661 条至第 663 条），并根据其特点划分为委托人信托（grantor trusts）和非委托人信托（non－grantor trusts）（第 671 条至第 679 条）。其信托的一般税收规则是，一个信托属于一个应税实体，就像它系一个个人（individual）一样。一个非委托人信托系应税信托，就像它像一个个人（individual）一样，但是税法允许抵减分配给信托受益人的收益金额的税负，其主要目的在于避免双重征税（即是说对同一所得既对信托征税，又对受益人征税）。但委托人信托系例外的规定，它指在税法意义上直接地对其所有人（owner，通常是委托人）征税，就像该信托不存在一

样，从这个意思上讲，委托人信托属于“税收转嫁”实体。[①]

3. 单位信托（Unit Trust）

单位信托是指一种投资信托，在美国称为共同基金（common fund）、互惠基金（mutual fund）或者投资公司（investment company）；在英国则称为单位信托基金（unit trust fund）或者集合投资计划（collective investment scheme）；在我国则一般称为“证券投资基金”。单位信托通常由受托人发行信托“单位”，投资者（受益人）签订认购协议购买信托“单位”成为信托财产的所有人，受托人（基金管理人）将募集的资金集中进行管理和投资。有关我国证券投资基金的税法政策，笔者将在“专题37：证券投资基金的税务问题”进行详细介绍。

4. 离岸信托（Offshore Trust）和在岸信托（Onshore Trust）

离岸信托是相对于在岸信托而言的。通常，离岸信托乃是运用世界各国在法律方面的差异，再根据国际法中的“管辖权”等原则，意图造成可依法引用其他国家的法律为适用法律的条件，以造成不同的法律构成条件和法律效果。[②]由于诸如BVI、开曼群岛和百慕大群岛等著名的离岸司法区域对信托的立法相当的宽松，并且带有强烈的税收豁免之趋向，在这些区域设立并运营的信托被广泛利用来合理规避其他国家较为严格的对信托的管制，这样的信托即是通常意义上的“离岸信托”。在岸信托通常是指信托的设立、运营和终止由本地法律进行规制的信托。

二、信托税制的基础理论及其框架体系

（一）信托税制的基础理论

在英美法系中，信托的有关税制已经相当完善和细致，但由于大陆法系国家（包括我国）是在后来才引进的信托制度，所以在信托税收制度方面并未得到很好的发展。在本部分，笔者将主要以英美法系国家（主要是以美国信托税制为蓝本）来对信托税制的基础理论进行介绍。

对于信托而言，在信托的不同阶段会面临不同的税收问题，也将面临多种类型的重复征税。信托在设立时，委托人将信托财产的名义所有权转移给受托

---

① 《美国联邦公司并购重组所得税制研究：原理、制度及案例》，雷霆著，中国法制出版社2014年第1版，第18页。

② 《离岸信托资料处理的法律分析与建构》，孙宜府著，中国政法大学出版社2000年版，第22页。

人，与信托终止时，受托人将信托财产转移给受益人所产生的纳税义务将发生重复征税；在信托存续期间，受托人来自于信托财产的收益或累积的纳税义务，与信托财产对受益人分配或信托终止时所产生的纳税义务将发生重复征税。我们讲，信托制度的核心实质是将信托财产的所有权、管理权和收益权相分离，在这种财产权利分离的情况下，形式上的所有权和实质上的经济受益人并不一致，重复征税在信托税制中尤其突出。为了解决这个问题，在信托税收理论中存在两个最基本的理论："实体理论"（"Entity Theory"）和"导管理论"（"Conduit Theory"）。

1. 实体理论

实体理论将信托视为税法上的一个独立的纳税义务主体，信托本身具有独立的税法法律人格。信托财产与信托当事人相互独立，对于信托本身应独立课税。信托所得税不因受托人的改变而改变，受益人从信托获得的收益不再课税。在实体理论下，对信托财产及其所衍生的所得，不论是否实际分配，皆归属于信托财产本身而课税。

【疑难问题 36－3】 实体理论下，对信托的课税——以美国信托税制为例

在美国信托税制下，信托属于一个课税主体。在信托层面，信托将归集计算其运作所产生的总所得、收益、扣除以及抵免项目，并计算出可用于分配至受益人的"可分配净所得"（Distributable Net Income，"DNI"），DNI 被用于计算信托和受益人之间所得的分配。DNI 通常被用于限制一个信托被允许扣除的对一个受益人的分配的金额。受益人仅仅就 DNI 的范围内被征税。超过 DNI 的分配被视为一个免税的本金的分配。同时，对于分配给受益人的金额的部分，称之为分配扣除（Distribution Deduction），即是信托可以被允许扣除而不应税的部分。

2. 导管理论

导管理论认为，信托只是受托人为受益人的利益而代为管理或处分信托财产，信托与受托人仅为信托收益分配予受益人或转让给受益人的"导管或通道"，信托的真正目的在于委托人经由受托人之手转移信托财产及其收益予受益人。因此，受益人才是信托财产及其收益的实质经济利益享有者，故信托财产及其衍生的收益应对实质经济利益享有者（即受益人）课税，而不是对信托或信托财产或受托人课税，这才符合"实质课税"原则与税收公平原则（"谁受益，谁纳税"）。

【疑难问题 36－4】 导管理论下，对信托受益人的课税——以美国信托税制

为例

在美国信托税制下，信托受益人对信托的 DNI 部分负担纳税义务，即使该 DNI 部分并没有实际分配亦是如此。即是说，如果在信托层面已经计算出 DNI，则相当于已经就信托和受益人之间就信托所得进行了划分，如果对受益人的 DNI 部分进行了征税的话，则信托可以就该等应税部分的所得进行扣除（前述"分配扣除"），以避免重复征税。

下面笔者以美国税法中的复合信托的一个例子来对纳税义务的划分及避免重复征税进行说明：

【例 36－1】复合信托的 DNI 及其纳税义务划分

假定，一个 X 信托在第 1 年，挣得了 \$10,000 的地方政府债券利息、\$5,000 的定期存单利息和实现了 \$12,000 资本利得。则，根据美国税法规定：

信托的免税所得是 \$10,000（地方政府债券利息）。信托的应税所得和 DNI 为 \$17,000（5,000 + 12,000）。信托的会计所得（accounting income）[1] 为 \$15,000（10,000 + 5,000）。此外，信托每年分配 \$5,000 加上本金的 25% 给 A 受益人，本金的 25% 给 B 受益人，本金的 50% 给 C 受益人。则信托分配 \$8,000 给 A（5,000 + 12,000 × 25%），\$3,000 给 B（12,000 × 25%），\$6,000 给 C（12,000 × 50%）。

从上述对信托应税所得和 DNI 的划分可以看出，由于所有的应税所得都已经分别划分给 A、B 和 C，则信托本身当期并无纳税义务。

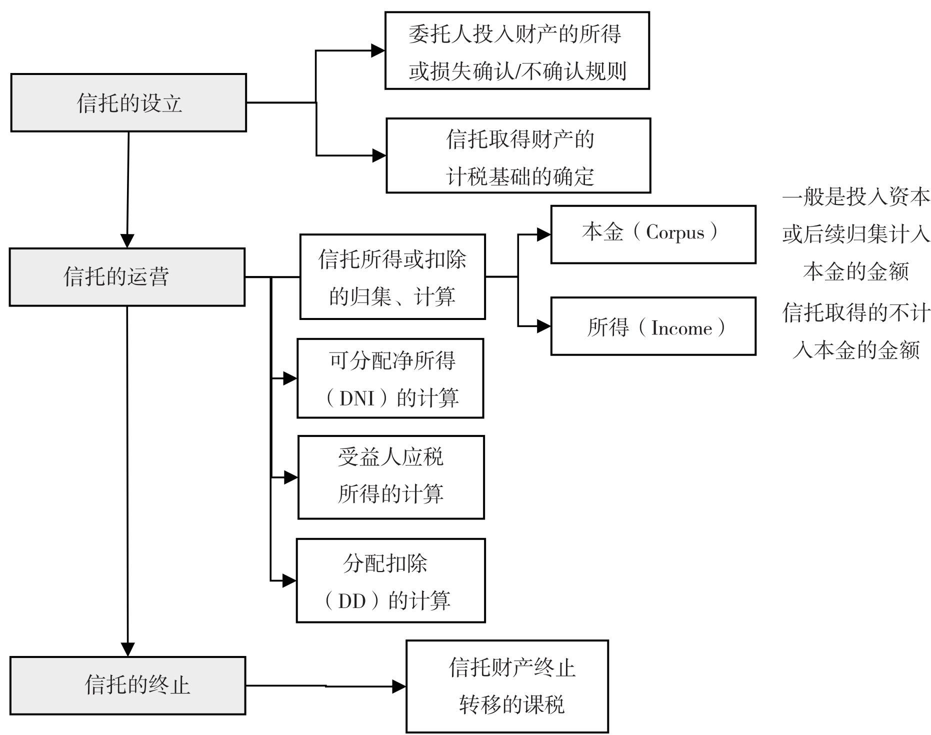
（二）信托税制的框架体系

与法人税制、合伙税制类似的是，就信托税制而言，实质也涉及信托设立、信托存续和信托终止三个环节。各国税制一般在信托设立环节不征收资本利得税；在信托存续环节，一般对信托财产收入征收所得税；在信托终止环节，对信托收益征收所得税、遗产税等。笔者将前述内容总结如下图：

---

① 笔者注：信托会计所得是指被分配给所得受益人而不是分配给剩余财产受益人的信托所得。

图 36－2：信托税制的框架体系



注：除了上述主要的税法领域和规则之外，还应该考虑信托及受益人的扣除限额及结转利用以及一般反避税规则等。

三、我国信托税制的基本规定及现状

（一）我国信托税制的基本规定

应该讲，我国的信托税制基本处于“空白”的现状。由于信托财产在信托当事人之间流转形成的权利义务关系明显区别于传统的物权关系和债权关系，与公司制度也大不相同，如果没有一套遵循信托制度基本原理的税收制度与之相适应，势必影响信托业的发展。我国《信托法》于 2001 年 10 月 1 日正式实施，另外，中国人民银行于 2001 年 1 月 10 日颁布《信托投资公司管理办法》，又于 2002 年 6 月 5 日进行了全面修订，人民银行还于同年 6 月 26 日出台了《信托投资公司资金信托管理暂行办法》，但这“一法两规”并未将信托税收纳入调整范围，目前仅有的涉及信托税收的规定集中在“证券投资基金”（信托型）有关税收政策。就目前而言，我国的信托活动仍然适用一般经济活动的相关税

法规定。其可能涉及的税种主要包括契税、印花税、房产税、增值税、个人所得税、企业所得税等等。

（二）我国信托税制存在的问题

由于我国并没有关于信托的专门税收制度，这不可避免的引发了以下几个主要问题：

1. 信托所得纳税主体不明

在整个信托活动中，信托活动一般涉及三方主体：委托人、受托人和受益人。我国目前的信托所得纳税主体并不明确，在信托的不同环节既有对受益人课税的，又有对受托人课税的，还有对受益人和受托人同时课税的情况发生。这就导致信托活动中多个纳税人都要承担信托所得纳税义务的局面，导致比较严重的重复征税，致使他们税负过重，不利于信托业的有效开展。

2. 信托重复征税问题突出

重复征税的根源在于英美法系“双重所有权”制度与大陆法系“一物一权”制度的冲突，我国现行税收制度仍对信托实行与其他经济活动相同的税收政策，未针对信托财产所有权与受益权分离的特点设计专门的税收制度，从而在涉及信托的增值税、所得税、财产税等征收方面产生了大量的重复征税的现象；另外，信托主体的多样性，信托交易和分配环节较多等特点也使得重复征税的问题更为突出。

3. 公益信托税收优惠政策缺失

公益信托的设立是为了实现发展科教卫生、保护生态环境和救灾济贫等公益目的，属于国家和社会政策要实现的特殊目的，各个国家均给予公益信托较大程度的税收优惠政策，大力推动和发展公益事业。我国目前信托税收制度中重复征税的问题使得公益信托活动的实际税负相对较重，国家相关的鼓励措施尤其是税收优惠措施并未出台，影响了委托人设立公益信托的积极性，困扰着我国公益信托的发展。

四、离案信托制度及其实践

正是由于我国信托税制的缺失以及税负繁重，在实践中，很多委托人利用离案信托以及他国或地区的信托税收政策来达到其“避税”之目的。譬如，BVI 等加勒比海离案司法区域的国家对此出台了灵活的离案信托制度，吸引了大量的境外财富。本部分笔者将对离案信托及其应用进行简单的介绍。

（一）BVI 等加勒比海离案司法区域信托制度概述

除了承继英美法自由裁量信托、固定收益信托、慈善信托以及目的信托等一般信托类型之外，离岸法域还发展出了具有自己特色的特有的信托类型。譬如，在 BVI，《2003 年维尔京特别信托法》（Virgin Islands Special Trusts Act，2003，“VISTA”）发展出了适用于公司股东对其股份设立信托并同时保有对该公司实际控制和管理权利的“VISTA 信托”。在该信托中，受托人管理和干预公司事务的权力和责任受到了极大的限制。我们通常可以在境外“红筹上市”的顶层架构设计中看到“VISTA 信托”的身影。再譬如，BVI 的《2007 年金融服务（豁免）规章》（Financial Services（Exemptions）Regulations，2007）引入了“私人信托公司”（Private Trust Companies，“PTCs”），而一个 PTC 本质上是一个拥有受托人权利而不得从事普通公众信托业务的公司。其唯一的目的在于作为一个家庭信托（family trust）或者一个相关联的信托的集合的受托人。

类似地，开曼群岛《1997 年特别信托（替代机制）法》推出“特别信托——替代机制信托”（Special Trusts - Alternative Regime，“STAR”）（简称为“STAR 信托”），该机制的主要目的在于允许设立一个执行某个特别目的的信托（不论是慈善目的或是非慈善目的），而不是设立一个使受益人受益的信托。《2008 年私人信托公司规章》（Private Trust Companies Regulations，2008，下称“PTC 规章”）同样引入了主要针对家庭成员的“私人信托公司”。

在百慕大，同样存在类似的目的信托和私人信托公司。

（二）离案信托与“避税”

应该说，信托产生的一个最主要的动因就是“遗产税的规避”。最古老的例子就是英国当时的农民采用用益权制度规避封建赋税。在当时英国的封建制度下，一个人的土地只能由已经成年的长子向封建领主交纳一笔不菲的土地继承税后才能继承。农民利用用益权制度，在生前就将自己的全部或部分土地，以转让的名义交给他的朋友，并委托其进行经营管理，同时要求其将经营土地取得的收入交给自己。在自己去世后，则将经营土地取得的收入交给自己的子女、亲戚。由于该设计，在其死后，该土地不属于其遗产，不存在继承的问题，也就不必缴纳土地继承税。[①]

当然，由于离岸信托可以改变纳税主体、纳税地点、纳税时间等，不但在遗

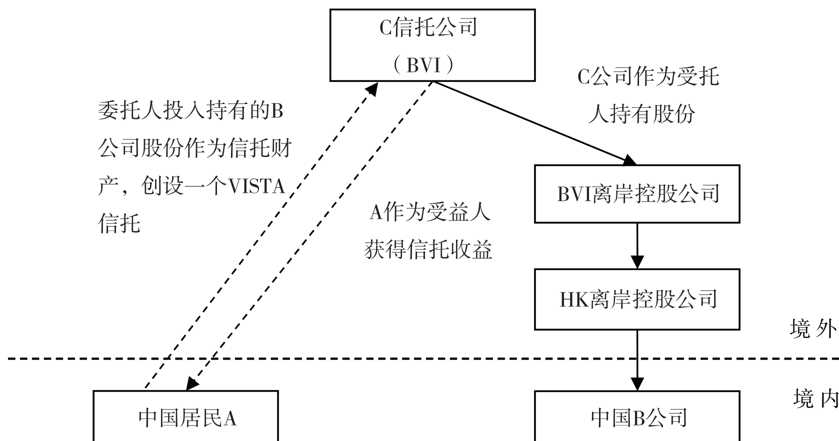
① 杨小强：《税收筹划：以中国内地与港澳税法为中心》，北京大学出版社 2008 年版，第 130 页。

产税方面大有作为，而且更突出的表现在于所得税方面的筹划，特别是离岸信托与离岸公司架构结合在一起综合应用时更是如下。笔者以下例来进行说明和展示：

【例 36－2】离案信托与税收筹划

中国 A 居民拥有大量的财富，包括在 B 公司持有的大量的股份，基于对开征遗产税以及所在国高额的税赋的考虑，在 BVI 设立了离岸信托，将财产转移到 BVI 的受托人名下。由于 BVI 不对信托所得征收任何的税赋，因此只要 A 不把财产收益汇回中国，财产收益无须缴纳任何所得税就可以在 BVI 得以累积。由于我国《企业所得税法》的“受控外国企业”反避税规定仅仅适用于法人股东以及“企业”，所以 A 在离岸信托中累积的财产收益并不需要在中国进行纳税申报，也不需要被强制性要求汇回境内。同时，我国的《个人所得税法》也没有一般反避税规则。

假设，A 将其持有的 B 公司的股份委托给 BVI 的 C 信托公司进行代持有，该离岸信托被设立为 VISTA 信托，受益人为 A 本人（生前），其死亡后为其子女或配偶。有关的信托架构如下图：



这样，A 通过设立 VISTA 信托，既可以保留对 B 公司的实际经营管理控制权，又可以将中国 B 公司分配给 C 公司的股息所得等在 BVI 累积起来，也可以用于其他投资，而不用缴纳税赋。只有在 C 公司将有关信托收益汇回中国时，才产生纳税义务（起到“递延税收”的作用）。

当然，需要注意的是，本例子是最简单的信托模式，许多跨国公司往往在多个避税港设立多层的信托关系，既达到避税之目的，还可以利用信托的“保密”功能来掩盖关联公司之间的关系、股东在公司的股权等，这就极大地增加了税务机关追查跨国公司与关联公司之间是否进行了各种非正常交易的难度。

专题37：证券投资基金的税务问题

内容概览

如前所述，尽管信托在我国经济生活中正扮演越来越重要的角色，但我们有关信托的税制却极不完善，对于信托的税收需要遵从与一般经济活动相同的税收规则，这对信托业的顺利发展造成了不利影响，但对于契约型证券投资基金这种特殊的金融投资工具而言，我国税法则专门规定了其特殊的税收政策。本专题主要包括如下内容：

■ 证券投资基金的概念、特征、类型及其架构

■ 我国证券投资基金税收政策及其实践

■ 我国证券投资基金税收制度亟待完善和明确的问题

一、证券投资基金的概念、特征、类型及其架构

（一）证券投资基金的概念及特征

1997年11月14日，经国务院批准，第一个规范证券投资基金的法规文件《中华人民共和国证券投资基金管理暂行办法》（下称"《暂行办法》"）正式颁布，基金的监管单位由中国人民银行转变为中国证监会；2003年10月28日颁布了《中华人民共和国证券投资基金法》（下称"《证券投资基金法》"），并于2004年6月1日正式实施。该法经2013年、2015年修订后目前有效的是《证券投资基金法》（2015年修订）。但遗憾的是，《证券投资基金法》并没有对证券投资基金进行定义，仅仅规定了该法适用的范围。即，在中华人民共和国境内，公开或者非公开募集资金设立证券投资基金（以下简称基金），由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，进行证券投资活动，适用本法；本法未规定的，适用《中华人民共和国信托法》、《中华人民共和国证券法》和其他有关法律、行政法规的规定。[①] 按照一般理解，"证券投资基金"

① 《证券投资基金法》（2015年修订）第二条。

(Securities Investment Fund) 是指通过公开或非公开发售基金份额募集资金，由基金托管人托管，由基金管理人管理和运作资金，为基金份额持有人的利益，以资产组合方式进行证券投资的一种利益共享、风险共担的集合投资方式。根据证券投资基金的含义，我们可以看出其具有如下几个法律特征：

1. 证券投资基金是一种集合投资制度。证券投资基金是一种积少成多的整体组合投资方式，它从广大的投资者那里聚集资金，组建资金集合并委托管理人进行专业化管理和经营。在这种制度下，资金的运作受到多重监督。

2. 证券投资基金是一种信托投资方式。类似于一般金融信托，证券投资基金的当事人主要包括委托人、受托人、受益人，其中受托人与委托人之间订有信托契约。但证券基金作为金融信托业务的一种形式，又有其自己的特点。因其主要从事有价证券投资，当事人中还有一个不可缺少的资金托管机构，它不能与受托人（基金管理公司）由同一机构担任，而且基金托管人一般是法人。

3. 证券投资基金是一种金融中介机构。它存在于投资者与投资对象之间，起着把投资者的资金转换成金融资产，通过专门机构在金融市场上再投资，从而使货币资产得到增值的作用。证券投资基金的管理者对投资者所投入的资金负有经营、管理的职责，而且必须按照合同的要求确定资金投向，保证投资者的资金安全和收益最大化。

4. 证券投资基金是一种证券投资工具。它发行的基金单位与股票、债券一起构成有价证券的三大品种。投资者通过购买基金单位完成投资行为，并凭之分享证券投资基金的投资收益，承担证券投资基金的投资风险。

需要注意的是，在不同的国家或地区对证券投资基金的称谓和表现形式各不相同。在美国，证券投资基金称为“共同基金”（common fund）、“互惠基金”（mutual fund）或“投资公司”（investment company）。[①] 在英国和我国香港特别

---

① See Investment Company Act of 1940, §3（a）、4.《1940 年投资公司法》第 3 条规定，投资公司是指一种证券发行机构，它一直或打算主要从事证券的投资、再投资或买卖业务；从事或打算从事分期付款型面额凭证的发行业务，并拥有已发行的该种证券；从事或打算从事证券的投资、再投资，拥有、持有或买卖业务，并在不合并的基础上拥有或打算获得价值超过发行人 40% 总资产（不包括现金、政府证券、雇员公司发行的证券，以及由某人拥有过半数股份的非投资公司的附属机构所发行的证券）的投资证券。《1940 年投资公司法》第 4 条将投资公司分为三大类别：面额凭证公司（Face – amount certificate company）、单位投资信托公司（Unit investment trust）和管理公司（Management Company）。其中，面额凭证公司是指进行或拟进行分期支付型面额凭证发行业务的公司，也指已进行该等业务且有该等发行在外凭证的投资公司；单位投资信托公司是指以下投资公司：（1）根据信托契约、托管或代理合同或类似文书组成；（2）无董事会；（3）只发行可赎回证券，每一张证券都代表特定证券一个单位中的不可分割权益，但这类公司不包括有表决权的信托；管理公司是指面额凭证公司或单位投资信托之外的投资公司。

行政区，则称为“单位信托基金”（unit trust fund）或“集合投资计划”（collective investment scheme）。在日本和我国台湾地区则称为“证券投资信托基金”。在我国则称为“证券投资基金”。

（二）证券投资基金的类型

一般地，证券投资基金的分类主要包括如下几种：根据其基金单位是否可申购或赎回，可分为封闭式基金和开放式基金；根据其组织形式不同，可分为契约型投资基金和公司型投资基金；根据投资对象的不同，可分为股票基金、债券基金、货币市场基金、指数基金等。限于篇幅及本专题之目的，笔者在此仅介绍封闭式基金和开放式基金以及契约型基金和公司型投资基金的分类。

1. 封闭式基金和开放式基金

顾名思义，“封闭”和“开放”的区别称谓来源于基金规模是否固定。开放式基金不上市交易，基金规模不固定、不封闭，发行在外的基金单位或受益凭证没有数额限制，可以随时根据实际需要和经营策略而增加或减少，一般通过银行申购和赎回；而封闭式基金则是相对于开放式投资基金而言的，它有固定的存续期，基金规模在发行前已确定，在发行完毕后和规定期间内，基金规模固定不变，一般在证券交易所上市交易，投资者通过二级市场买卖基金单位。

2. 公司型投资基金和契约型投资基金

公司型投资基金是指，具有共同投资目标的投资者依据公司法组成以营利为目的、投资于特定对象（如各种有价证券、货币）的股份制投资公司。这种基金通过发行股份的方式募集资金，是具有法人资格的实体。基金持有人既是基金投资者又是公司股东，按照公司章程的规定，享受权利、履行义务。

契约型投资基金也称为信托型基金，是指根据一定的信托契约原理，由基金发起人和基金管理人、基金托管人订立基金契约而组建的投资基金。基金管理人依据法律、法规和基金契约负责基金的经营和管理；基金托管人负责保管基金资产，执行管理人的有关指令，办理基金名下的资产往来；投资者通过购买基金单位，享有基金投资收益。我国目前的基金主要为契约型投资基金。

（三）证券投资基金的架构及其法律关系

下图 37－1 和图 37－2 分别展示了典型的契约型证券投资基金和公司型证券投资基金的架构和法律关系。

图 37－1：契约型证券投资基金架构及其法律关系

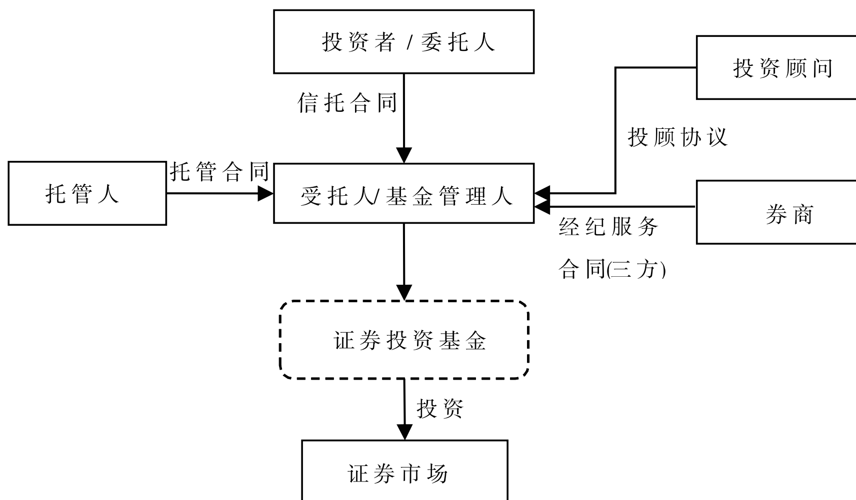
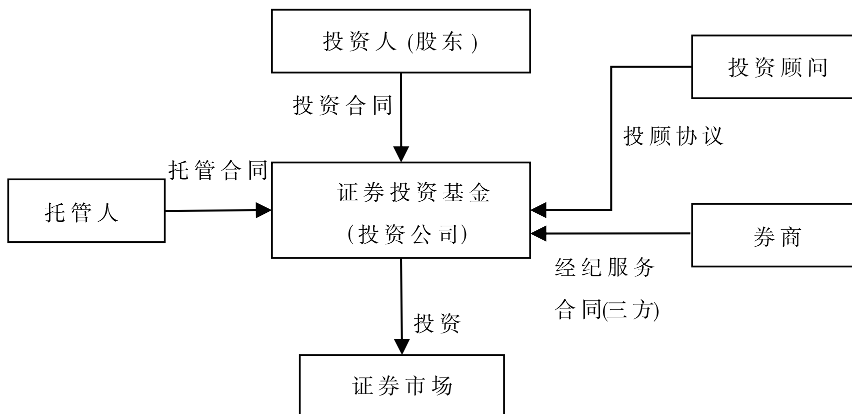


图 37－2：公司型证券投资基金架构及其法律关系



从上述两个框图可以看出，公司型证券投资基金在法律上具有独立的法人资格，其组建按照《公司法》及其相关法规组建并通过董事会等进行管理。美国的投资公司一般为公司型证券投资基金，而香港的互惠基金公司也属于公司型证券投资基金。我国《证券投资基金法》（2015 年修订）主要针对契约（信托）型证券投资基金进行了规定，但亦适用于“资产由基金管理人或者普通合伙人管理的”公司型或者合伙型证券投资基金的证券投资活动。①

---

① 《证券投资基金法》第一百五十三条规定，公开或者非公开募集资金，以进行证券投资活动为目的设立的公司或者合伙企业，资产由基金管理人或者普通合伙人管理的，其证券投资活动适用本法。

二、我国证券投资基金税收政策及其实践

（一）我国证券投资基金税收政策概述

我国早期的证券投资基金法并没有明确证券投资基金在税法上的地位，直到2013年修订的《证券投资基金法》第八条规定首次明确了基金份额持有人的纳税主体地位。该条规定："基金财产投资的相关税收，由基金份额持有人承担，基金管理人或者其他扣缴义务人按照国家有关税收征收的规定代扣代缴。"《证券投资基金法》（2015年修订）第八条的规定并无变化。而我国有关证券投资基金税收征管的规定则历史久远，有效的规定参见下表37－1：

表37－1：证券投资基金税收政策

实施时间	文号	法规名称
1998年3月1日	财税字［1998］55号	财政部 国家税务总局关于证券投资基金税收问题的通知①
2002年8月12日	财税［2002］128号	财政部 国家税务总局关于开放式证券投资基金有关税收问题的通知②
2004年4月30日	财税［2004］78号	财政部 国家税务总局关于证券投资基金税收政策的通知③
2004年11月5日	财税［2004］第173号	财政部、国家税务总局关于对买卖封闭式证券投资基金继续予以免征印花税的通知
2008年2月22日	财税［2008］1号	财政部、国家税务总局关于企业所得税若干优惠政策的通知
2016年5月1日	财税［2016］36号	财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知④

注：①根据《财政部 国家税务总局关于公布若干废止和失效的营业税规范性文件的通知》（财税［2009］61号）的规定，财税字［1998］55号第一条第二、三项废止；同时，财税字［1998］55号是针对封闭式证券投资基金的税收政策；

②根据财税［2009］61号的规定，财税［2002］128号第一条第三项废止；同时，财税［2002］128号是有关开放式证券投资基金的税收政策；

③财税［2004］78号是封闭式和开放式证券投资基金皆适用的税收政策。

④财税［2016］36号自2016年5月1日起执行，将营业税全面改征为增值税。

笔者根据上述政策将证券投资基金有关税收政策总结如下表 37－2 和表 37－3（有关证券投资基金“营改增”的问题详见后面分析）。

表 37－2：证券投资基金税收政策汇总表

——基金、基金管理人、托管人、代销人

课税范围 / 税种 / 纳税主体	发行基金募集资金		基金买卖股票、债券差价收入		基金取得股票股息、红利、债券利息、储蓄存款利息收入		从事基金管理活动取得的收入	
	封闭式	开放式	封闭式	开放式	封闭式	开放式	封闭式	开放式
基金	不征收增值税（财税［2016］36号附件1《营改增试点实施办法》第（一）条“销售服务”第（五）项“金融服务”）		自2004年1月1日起，继续免征收营业税、企业所得税（财税〔2004〕78号）；对证券投资基金从证券市场中取得的收入，包括买卖股票、债券的差价收入，股权的股息、红利收入，债券的利息收入及其他收入，暂不征收企业所得税（财税〔2008〕1号第二条第（一）项）		由上市公司和发行债券的企业在向基金派发股票股息、红利、企业债券利息时代扣代缴20%①的个人所得税，基金向个人投资者分配股息、红利、利息时，不再代扣代缴个人所得税（财税字［1998］55号第三条第3款）	由上市公司和发行债券的企业在向基金派发股票股息、红利收入，债券利息收入、储蓄存款利息收入②时代扣代缴20%的个人所得税，对投资者（包括个人和机构投资者）从基金分配中取得的收入，暂不征收个人所得税和企业所得税（财税［2002］128号第二条第3款）	N/A	
					印花税：从2008年4月24日起，印花税税率由3‰调整为1‰。从2008年9月19日起，对出让方单边征收印花税			

续　表

基金管理人	N/A	自2004年1月1日起，继续免征企业所得税（财税〔2004〕78号） 免征增值税（财税〔2016〕36号附件3《营改增试点过渡政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（二十二）项第4点）	N/A	依法征收增值税、企业所得税以及其他相关税收（财税〔2016〕36号附件1《营改增试点实施办法》第（一）条“销售服务”第（五）项“金融服务”、财税字〔1998〕55号第四条、财税〔2002〕128号第四条）
基金托管人	N/A	N/A	N/A	
基金代销机构	N/A	N/A	N/A	

注：①根据《关于上市公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》（财税〔2015〕101号）第一条规定，个人从公开发行和转让市场取得的上市公司股票，持股期限超过1年的，股息红利所得暂免征收个人所得税。个人从公开发行和转让市场取得的上市公司股票，持股期限在1个月以内（含1个月）的，其股息红利所得全额计入应纳税所得额；持股期限在1个月以上至1年（含1年）的，暂减按50%计入应纳税所得额；上述所得统一适用20%的税率计征个人所得税。

②我国的储蓄利息所得税是从1999年11月1日开始征收的，税率为20%，自2007年8月14日起改为5%，直到2008年10月8日利息税被取消。因此，在财税字〔1998〕55号中并没有对储蓄存款利息收入代扣代缴作出规定，但财税〔2002〕128号出台时则作出了规定。

表37－3：证券投资基金税收政策汇总表——投资人

课税范围/税种/纳税主体	基金分配取得的收入		买卖基金单位/申购或赎回基金单位差价收入	
	封闭式	开放式	封闭式	开放式
投资人	由上市公司和发行债券的企业在向基金派发股票股息、红利、	对基金取得的股票的股息、红利收	对个人投资者买卖基金单位获得的差价收入，在	对个人投资者申购和赎回基金单位取得的差价收

续　表

<table>
<tr>
<td rowspan="3">投资人</td>
<td>企业债券利息时代扣代缴 20% 的个人所得税，基金向个人投资者分配时，不再代扣代缴个人所得税（财税字［1998］55 号第三条第 3 款）；
对投资者从基金分配中获得的国债利息、储蓄存款利息以及买卖股票价差收入，在国债利息收入、个人储蓄存款利息收入以及个人买卖股票差价收入未恢复征收所得税以前，[①]暂不征收所得税（财税字［1998］55 号第三条第 4 款）；
对个人投资者从基金分配中获得的企业债券差价收入，征收个人所得税，税款由基金在分配时依法代扣代缴；对企业投资者从基金分配中获得的债券差价收入，暂不征收企业所得税（财税字［1998］55 号第三条第 5 款）</td>
<td>入，债券的利息收入、储蓄存款利息收入，由上市公司、发行债券的企业和银行在向基金支付上述收入时代扣代缴 20% 的个人所得税；对投资者（包括个人和机构投资者）从基金分配中取得的收入，暂不征收个人所得税和企业所得税（财税［2002］128 号第二条第 3 款）</td>
<td>对个人买卖股票的差价收入未恢复征收个人所得税以前，暂不征收个人所得税；对企业投资者买卖基金单位获得的差价收入，应并入企业的应纳税所得额，征收企业所得税（财税字［1998］55 号第三条第 2 款）；
从 2003 年 1 月 1 日起，继续对投资者（包括个人和机构）买卖基金免征印花税（财税［2004］第 173 号）</td>
<td>入，在对个人买卖股票的差价收入未恢复征收个人所得税以前，暂不征收个人所得税；对企业投资者申购和赎回基金单位取得的差价收入，应并入企业的应纳税所得额，征收企业所得税（财税［2002］128 号第二条第 2 款）；
对投资者申购和赎回基金单位，暂不征收印花税（财税［2002］128 号第三条第 2 款）</td>
</tr>
<tr>
<td colspan="2" rowspan="2">对投资者从证券投资基金分配中取得的收入，暂不征收企业所得税（财税［2008］1 号第二条第（二）项）</td>
<td colspan="2">对证券投资基金管理人运用基金买卖股票、债券的差价收入，暂不征收企业所得税（财税［2008］1 号第二条第（三）项）</td>
</tr>
<tr>
<td colspan="2">依据财税［2016］36 号文规定，征收增值税。</td>
</tr>
</table>

注：①根据《企业所得税法》第二十六条第（一）项规定，企业取得的国债利息收入

为免税收入。根据《个人所得税法》第四条第（二）项规定，个人取得的国债利息所得，免纳个人所得税；根据《财政部 国家税务总局关于个人转让股票所得继续暂免征收个人所得税的通知》（财税字［1998］61 号）的规定，从 1997 年 1 月 1 日起，对个人转让上市公司股票取得的所得继续暂免征收个人所得税。

（二）我国证券投资基金税收政策的主要特点

从上述规定来看，我国证券投资基金的税收政策具有如下几个方面的特点：

1.《证券投资基金法》原则明确了，契约型或者信托型证券投资基金属于税法上的“导管”，基金财产投资的相关税收，由基金份额持有人承担，基金管理人或者其他扣缴义务人按照国家有关税收征收的规定代扣代缴。

譬如，对于封闭式证券投资基金，财税字［1998］55 号第三条第 3 款规定：“对投资者从基金分配中获得的股票的股息、红利收入以及企业债券的利息收入，由上市公司和发行债券的企业在向基金派发股息、红利、利息时代扣代缴 20% 的个人所得税，基金向个人投资者分配股息、红利、利息时，不再代扣代缴个人所得税。”对于开放式证券投资基金，财税［2002］128 号第二条第 3 款规定：“对基金取得的股票的股息、红利收入，债券的利息收入、储蓄存款利息收入，由上市公司、发行债券的企业和银行在向基金支付上述收入时代扣代缴 20% 的个人所得税；对投资者（包括个人和机构投资者）从基金分配中取得的收入，暂不征收个人所得税和企业所得税。”前述规定中的上市公司、发行债券的企业和银行就属于“其他扣缴义务人”，它们在向基金分配股息、红利或者利息时就直接履行代扣代缴义务，基金向投资者分配时，则不再重复履行扣缴义务。

2. 我国有关证券投资基金的税收法规层级较低，属于财政部、国税总局层面的规章或规范性文件性质，存在一些模糊性或政策“空白”。譬如，在行政法规层面并没有相应的税收立法。

3. 有关的税收政策基本系在《证券投资基金法》颁布实施之前出台的文件，并没有真正确立基金的“导管”性质。譬如，对于基金管理人运用基金买卖股票、债券的差价收入免征收增值税、企业所得税（财税［2004］78 号、财税［2016］36 号），其实质仍然是将基金视为纳税主体，只不过给予免征的待遇而已；类似的情形还包括基金管理人运用基金出售股票按照 1‰的税率征收印花税的规定。

4. 在对基金适用“导管”原则时存在一些矛盾。譬如，对于开放式基金，对基金取得的股票的股息、红利收入，债券的利息收入、储蓄存款利息收入，由上市公司、发行债券的企业和银行在向基金支付上述收入时代扣代缴 20% 的

个人所得税；对投资者（包括个人和机构投资者）从基金分配中取得的收入，暂不征收个人所得税和企业所得税。既然，上市公司、发行债券的企业和银行在向基金支付时已经代扣代缴个人所得税了，如果基金属于“导管”，则在基金向个人投资者分配该等收入时，就不存在纳税义务了，以避免重复征税，即是说不存在“暂不征收个人所得税”的问题。前述规定实质就是在认定基金“导管”原则下，已经对个人投资者征税了。

（三）我国证券投资基金的营改增问题

在36号文下，营业税改征增值税后，证券投资基金涉及营业税的有关规定是如何改变的呢？笔者分析如下：

1. 对于基金发行募集资金，根据财税字［1998］55号第一条第1款和财税［2002］128号第一条第1款的规定，封闭式基金和开放式基金不征收营业税。在36号文下，基金在发行募集资金环节，是否延续营业税的优惠政策而不征增值税呢？36号文附件1《营改增试点实施办法》第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”的规定，金融服务，是指经营金融保险的业务活动。包括贷款服务、直接收费金融服务、保险服务和金融商品转让。从后述四种类型的金融服务来看，基金募集资金本身不属于任何一种，不属于增值税的征税范围。从此来看，与以前不属于营业税的征税范围是一致的。

2. 对于基金买卖股票、债券差价收入，根据财税［2004］78号的规定，自2004年1月1日起，继续免征营业税。在营改增后，根据36号文附件3《营改增试点过渡政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（二十二）项第4点的规定：“证券投资基金（封闭式证券投资基金，开放式证券投资基金）管理人运用基金买卖股票、债券。”因此，原免征营业税得以在改征增值税后延续。

3. 对于从事基金管理活动取得的收入，根据财税字［1998］55号第四条、财税［2002］128号第四条的规定，依法征收营业税。在营改增后，根据36号附件1《营改增试点实施办法》第（一）条“销售服务”第（五）项“金融服务”第2点“直接收费金融服务”的规定：“直接收费金融服务，是指为货币资金融通及其他金融业务提供相关服务并且收取费用的业务活动。包括提供……资产管理、信托管理、基金管理……资金结算、资金清算、金融支付等服务。”因此，基金管理人收取的管理费、基金托管人收取的托管费以及基金代销机构收取的手续费、佣金等费用应作为提供直接收费金融服务收取的费用对待，应法征收增值税。

4. 对于投资人买卖基金单位/申购或赎回基金单位差价收入，根据《营业税

暂行条例》及其实施细则规定，依法征收营业税（给予个人免税政策）。在营改增后，根据36号附件1《营改增试点实施办法》第（一）条“销售服务”第（五）项“金融服务”第4点“金融商品转让”的规定：“金融商品转让，是指转让外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品所有权的业务活动。其他金融商品转让包括基金、信托、理财产品等各类资产管理产品和各种金融衍生品的转让。”因此，投资人买卖基金、信托类资产管理产品的，应依法缴纳增值税。但36号文附件3《营改增试点过渡政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（二十二）项“下列金融商品转让”规定：“1. 合格境外投资者（QFII）委托境内公司在我国从事证券买卖业务。2. 香港市场投资者（包括单位和个人）通过沪港通买卖上海证券交易所上市A股。3. 对香港市场投资者（包括单位和个人）通过基金互认买卖内地基金份额。4. 证券投资基金（封闭式证券投资基金，开放式证券投资基金）管理人运用基金买卖股票、债券。5. 个人从事金融商品转让业务。”因此，符合前述要求的情形下，投资人买卖基金单位/申购或赎回基金单位取得的差价收入免征增值税。

三、我国证券投资基金税收制度亟待完善和明确的问题

就我国证券投资基金税收制度而言，笔者认为主要存在如下几个亟待完善和明确的问题。

（一）明确建立契约型证券投资基金“导管”的税法性质，确立其不属于纳税主体

根据契约型证券投资基金而言，我国税法应依据《证券投资基金法》（2015年修订）第八条的规定，确立基金份额持有人为纳税义务主体，基金、基金管理人或其他人（上市公司、发行债券的企业等）仅为扣缴义务人的税收制度。即是说，在证券投资基金上，我国税法应采“完全导管”理论。譬如，对于基金投资于上市公司股票获得股息分配，应完全“穿透”基金这个“导管”而划分至基金份额持有人名下，这与传统的“信托”税收制度并不完全一致。但对于基金管理人从事基金管理活动而获取的收入，则应将基金管理人按照其税法性质（公司或合伙）适用相关的税法规定。

（二）明确和完善基金管理人或其他扣缴义务人的扣缴义务

尽管《证券投资基金法》（2015年修订）原则明确了基金管理人或其他扣缴义务人的扣缴义务，但我国税法对此原则的贯彻和落实并不完善和细化，有必要明确如何扣缴以及具体的办法。

（三）给予企业投资者买卖基金单位以及申购或赎回基金份额的差价收入与个人投资者同样的待遇

由于财字［1998］61 号规定，从 1997 年 1 月 1 日起，对个人转让上市公司股票取得的所得继续暂免征收个人所得税。因此，对个人投资者买卖基金单位或者申购和赎回基金单位取得的差价收入，在对个人买卖股票的差价收入未恢复征收个人所得税以前，暂不征收个人所得税。这实质是应用“导管”理论将个人买卖基金单位或者申购和赎回基金单位取得的差价收入视为个人直接买卖股票进行处理，从理论上看，可以理解为对个人从事股票投资的税收优惠政策。但需要注意的是，基金取得的收入会影响基金份额的赎回价格，而基金取得的收入并非单单是股票投资收入，还可能存在债券投资及其他收入等，对于这些收入反映到差价中的部分从理论上并不应该给予税收优惠。同时，依据我国证券投资基金目前的税收规定，对于企业投资者买卖基金单位或者申购和赎回基金单位获得的差价收入，应并入企业的应纳税所得额，征收企业所得税。这就导致企业投资者与个人投资者不同的税收待遇。笔者认为应给予同等的待遇。

第六篇　资本交易特殊业务

本篇综述

笔者在第二篇集中对企业并购重组业务的税务问题进行了介绍，但该篇主要系对其一般性业务的税务问题的介绍，并没有涉及相关的一些特殊业务。譬如，限售股、对赌协议、跨境投资、代持股等。

本篇主要对企业并购重组领域的一些特殊交易的税务处理问题进行介绍。其主要内容如下：国有企业改制上市资产评估增值的企业所得税问题；限售股转让的所得税、营改增问题；QFII、RQFII和“沪港通”的税务问题；对赌协议的所得税问题；股权激励的税务问题；“红筹架构拆除”的所得税问题，以及代持股的所得税问题。

专题38：国有企业改制上市资产评估增值的企业所得税问题

内容概览

笔者曾经在“专题20：企业法律形式转变的税务疑难问题”中讨论了非公司制企业改建及股份制改建中资产评估增值的所得税问题。2015年6月23日，财政部、国家税务总局联合发布了《财政部、国家税务总局关于企业改制上市资产评估增值企业所得税处理政策的通知》（财税［2015］65号，下称“65号文”），65号文对国有企业改制上市资产评估增值企业所得税政策出台了特别规定。本专题包含如下内容：

■ 65号文政策出台的背景和需要

■ 国有企业适用65号文的前提条件

▶ 适用65号文国有企业的范围

▶ 国有企业改制上市的情形

■ 国有企业改制上市过程中发生资产评估增值的企业所得税处理

▶ 改制上市过程中发生的资产评估增值企业所得税处理的税法原理

▶ 改制上市过程中发生的资产评估增值企业所得税处理

■ 提报资料、有限期及过渡期执行

一、65号文政策出台的背景和需要

在65号文出台之前，财政部、国家税务总局一直采取个案批复的方式对国有企业改制过程中资产评估增值企业所得税税务处理予以明确。通常批复处理意见是，资产评估增值应缴企业所得税不征收入库，直接转计国有资本金（资本公积）；经确认的评估增值资产，可按评估价值入账并按有关规定计提折旧或摊销，在计算应纳税所得额时允许扣除。譬如，早期的《财政部 国家税务总局关于中国国旅集团有限公司重组上市资产评估增值有关企业所得税政策问题的通知》（财税［2008］82号）、《财政部、国家税务总局关于中国冶金科工集团

公司重组改制上市资产评估增值有关企业所得税政策问题的通知》（财税［2009］47号）、《财政部、国家税务总局关于中国长江三峡工程开发总公司主营业务整体上市过程中资产评估增值有关企业所得税政策问题的通知》（财税［2009］161号）以及《财政部 国家税务总局关于中国水利水电建设集团公司重组改制上市资产评估增值有关企业所得税政策问题的通知》（财税［2010］48号）等；近期的包括《财政部、国家税务总局关于中国中煤能源集团有限公司改制上市资产评估增值有关企业所得税政策问题的通知》（财税［2014］49号）等。65号文出台的目的是从国家税收政策层面统一和规范国有企业在改制上市过程中发生的资产评估增值企业所得税政策。

二、国有企业适用65号文的前提条件

65号文就资产评估增值企业所得税处理特殊政策的适用设立了如下两个前提条件：一是适用主体的条件；二是适用改制上市的情形。

（一）适用65号文的国有企业的条件

根据65号文第二条规定，执行税收优惠政策的国有企业必须符合如下三个条件：

一是，国有企业必须是纳入中央或地方国有资产监督管理范围的国有独资企业或国有独资有限责任公司。此规定意味着三个制约条件：首先，必须纳入中央或地方国有资产监督管理范围；其次，必须是国有独资；最后，要么是国有独资企业（非公司制），要么是国有独资有限责任公司。

二是，属于国有企业改制上市中发生资产评估增值（详见下文分析）。

三是，取得履行出资人职责机构出具的资产评估结果核准或备案文件。这里履行出资人职责机构是指各级国有资产管理部门。

（二）国有企业改制上市的情形

根据65号文第二条第（二）项条件的规定，必须属于国有企业改制上市中发生资产评估增值。那么，什么是“国有企业改制上市”呢？包括如下三种情形：

1. 国有企业以评估增值资产出资设立拟上市的股份有限公司

此种情形包含两层涵义：一是，国有企业作为发起人之一，根据《公司法》有关发起设立股份有限公司的要求新设成立股份有限公司；二是，该股份有限公司属于拟上市的股份有限公司。即是说，有明确的上市计划和筹备活动。

从税务角度来看，根据《财政部 国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税政策问题的通知》（财税［2014］116 号，下称“116 号文”）第一条规定：“居民企业（以下简称企业）以非货币性资产对外投资确认的非货币性资产转让所得，可在不超过 5 年期限内，分期均匀计入相应年度的应纳税所得额，按规定计算缴纳企业所得税。”第二条第一款规定：“企业以非货币性资产对外投资，应对非货币性资产进行评估并按评估后的公允价值扣除计税基础后的余额，计算确认非货币性资产转让所得。”因此，国有企业在以评估增值资产投资设立股份有限公司的时候会就资产增值部分产生纳税义务。但 65 号文给予符合条件的国有企业改制上市重组的特殊的税收优惠政策。

需要注意的是，实践中存在两个小的问题需要把握：一是，如何判定是“拟上市的股份有限公司”而不是一般性的股份有限公司？二是，如果拟上市的股份有限公司最终没有成功上市或者因各种自身或不可控制的原因（比如，IPO 暂停）导致上市处于暂停状态的，国有企业已经享受的税收优惠政策是否能够继续享受或者说处于暂停状态是否应该有个时间限制。当然，笔者认为，65 号文并没有规定这些情形下的处理，意味着已经享受的税收优惠政策不会取消。理由在于，应缴税金转为国有资本金，国家并没有实质损失。

2. 国有企业依法变更为拟上市的股份有限公司

此种情形是指依据《公司法》的规定，非公司制国有独资企业改制为拟上市的股份有限公司或者国有独资有限责任公司改制为拟上市的股份有限公司。

（1）非公司制国有独资企业改制为股份有限公司

笔者曾经在“专题 21：企业法律形式转变的税务疑难问题”中讨论过，非公司制国有企业改制为股份有限公司会计处理上应当适用《财政部关于印发企业会计准则解释第 2 号的通知》（财会［2008］11 号，下称“《解释第 2 号》”）。即，应以经评估确认的资产、负债价值作为认定成本，该成本与其账面价值的差额，应当调整所有者权益（先调整资本公积，资本公积不足，调整留存收益）。在税务处理上，根据 59 号文有关企业法律形式改变的规定，国有企业当期并不计算缴纳企业所得税。那么，为什么 65 号文认为资产评估增值在改制中会产生纳税义务呢？笔者认为，这应该属于在 65 号文之外给予符合条件的国有企业改制上市重组的特殊的税收优惠政策。其内在的税法逻辑详见后文。

（2）国有独资有限责任公司改制为股份有限公司

与非公司制国有独资改制为股份有限公司不同，考虑到公司主体、会计主体的延续性原则，有限责任公司以净资产整体折股变更为股份有限公司时，不

应按评估值对资产、负债的账面价值进行调整。根据59号文的规定，笔者认为，有限责任公司变更为股份有限公司的，公司本身当期并不计算缴纳企业所得税。但是65号文之所以给予特殊的政策，其理由与上述第（1）点类似，详见后文。

3. 国有企业将评估增值资产注入已上市的股份有限公司

此种情形属于国有企业以评估增值资产对已上市的股份有限公司增资。在税务处理上按照116号文的规定处理。类似于第1点所述，国有企业在以评估增值资产投资时会就资产增值部分产生纳税义务，只不过国家给予了符合条件的国有企业改制上市重组的特殊的税收优惠政策。

三、国有企业改制上市过程中发生的资产评估增值的企业所得税处理

与国家税务总局以前的个案批复类似，65号文对国有企业改制上市过程中发生的资产评估增值的企业所得税处理原则有两条：一是，应缴纳的企业所得税可以不征收入库，作为国家投资直接转增该企业国有资本金（含资本公积）；二是，经确认的评估增值资产，可按评估价值入账并按有关规定计提折旧或摊销，在计算应纳税所得额时允许扣除。

（一）改制上市过程中发生的资产评估增值企业所得税处理的税法原理

上述国有企业改制上市过程中发生的资产评估增值的企业所得税处理的税法原理或逻辑在于，企业因资产评估增值而计算的应缴纳企业所得税属于企业对国家的"负债"，属于国家对企业的"债权"。本来该税金应上缴国库，但现在国家不实际收缴该税金直接作为对企业投资计入国有资本金（含资本公积）。类似于企业的"债转股"交易。

由于企业已经就资产评估增值部分"缴纳"企业所得税，所以资产的计税基础应该调整为其评估值。因此，可按评估值计提折旧或摊销，并在计算应纳税所得额时允许扣除。

（二）改制上市过程中发生的资产评估增值企业所得税处理

根据65号文第一条的规定，改制上市过程中发生的资产评估增值企业所得税处理包括如下几点：

1. 国有企业改制上市过程中发生的资产评估增值，应缴纳的企业所得税可以不征收入库，作为国家投资直接转增该企业国有资本金（含资本公积），但获得现金及其他非股权对价部分，应按规定缴纳企业所得税。资产评估增值是指

按同一口径计算的评估减值冲抵评估增值后的余额。在理解前述规定时，需要注意如下两个问题：

【疑难问题38－1】如何理解和适用“作为国家投资直接转增该企业国有资本金（含资本公积，下同）”？

笔者认为，对于该规定，应根据不同的情形来分别理解和适用：

1. 国有企业改制为股份有限公司

（1）首先对资产评估增值部分调账。即：

借或贷：资产、负债科目

贷：递延所得税负债

资本公积——资本溢价（资产、负债差额减去递延所得税负债）

在税务处理上，按照65号文第一条第（三）项的规定，资产、负债计税基础调整到评估价。

（2）其次，在净资产折股时，以沿用旧账为例，由于已经对资产、负债账面价值按评估价值进行了调整，在此环节不需要再次调整。折股的会计处理为：

借：实收资本

资本公积

盈余公积

未分配利润

贷：股本

资本公积——股本溢价

有关改制企业股东层面的税务问题，请读者参阅本书“专题4：有限责任公司整体变更的税务问题”，不再赘述。

（3）计提应纳税额时：

借：递延所得税负债

贷：应交税费——应交所得税

（4）应纳税额转入国有资本金（资本公积）

借：应交税费——应交所得税

贷：股本（资本公积（股本溢价））

需要注意的是，若股份公司做增资的，则记入股本；若不做增资的，则记入资本公积（股本溢价）。

2. 国有企业将评估增值资产注入已上市的股份有限公司

（1）国有企业应按照长期股权投资进行处理。此时，国有企业应借记“长

期股权投资”，贷记资产、营业外收入、应交税费（应交所得税）科目；如果采用116号文递延纳税待遇的，前述贷方还应该有递延所得税负债科目。但在65号文下，一般都不会选择116号文递延纳税待遇。

（2）转为国有资本金时，国有企业应借记应交税费（应交所得税），贷记股本或资本公积（股本溢价）。

【疑难问题38－2】如何理解和适用“但获得现金及其他非股权对价部分，应按规定缴纳企业所得税”？

对于此规定，核心的问题是，什么情形下会出现获得现金及其他非股权对价？在国有企业改制为股份有限公司的情形下，显然不存在国有企业因改制上市过程中发生的资产评估增值而获得现金及其他非股权对价的情形。因此，唯一可能适用该规定的是65号公告第二条第（二）项第2目“国有企业将评估增值资产，注入已上市的股份有限公司”。此时，如果上市公司除发行股份购买资产之外，还支付了部分现金及其他非股权对价时，就对应于现金及其他非股权对价而确认的资产评估增值部分应确认为所得，缴纳企业所得税。原理与59号文非股权支付对价部分应确认所得类似。

其实，此规定并非新鲜事物，早在《财政部、国家税务总局关于中国长江三峡工程开发总公司主营业务整体上市过程中资产评估增值有关企业所得税政策问题的通知》（财税［2009］161号）中就已经出现了类似的批复意见：“中国长江三峡工程开发总公司主营业务整体上市中有现金流交易部分确认的824183.32万元所得，应按照企业所得税法及其实施条例有关规定缴纳企业所得税；对其没有实现现金流交易的部分确认的1642176.09万元所得，应缴纳的企业所得税不征收入库，直接转计中国三峡总公司的国有资本金。”65号文第一条第（一）项的规定只不过是将财税［2009］161号的批复意见予以了总结和明确化。

2. 国有企业100%控股（控制）的非公司制企业、单位，在改制为公司制企业环节发生的资产评估增值，应缴纳的企业所得税可以不征收入库，而作为国家投资直接转增改制后公司制企业的国有资本金。

此规定是针对国有企业100%控股（控制）的非公司制企业、单位制定的政策，即是说针对的是第一层国有企业100%控股（控制）的第二层非公司制的国有企业制定的政策。在理解和适用时需要注意如下两个问题：

问题一：为什么65号文第一条第（二）项的政策没有规定“但获得现金及其他非股权对价部分，应按规定缴纳企业所得税”？

问题二：65 号文第一条第（一）项针对国有企业的政策与 65 号文第一条第（二）项针对国有企业 100% 控股（控制）的非公司制企业、单位的政策是否存在适用冲突？

为便于分析上述两个问题，笔者以如下示例来解释和说明：

【例 38－1】 如何理解和适用 65 号文第一条第（二）项针对国有企业 100% 控股（控制）的非公司制企业、单位的政策以及与 65 号文第一条第（一）项的适用？

假定，A 公司（甲省国资委管理的国有独资有限责任公司）100% 控制 B 企业（非公司制国有独资企业）。经甲省人民政府批准，A 公司计划将评估增值资产注入已上市的股份有限公司 C 公司中。

在资产评估基准日，A 公司资产账面价值 40000 万元（含 100% 控制的 B 公司账面价值 20000 万元），评估价 48000 万元，评估增值 8000 万元（含 100% 控制的 B 公司增值 3000 万元）。A 公司已经取得甲省国资委对资产评估结果的核准文件。交易双方协商确定的交易价格为评估价 48000 万元，C 公司以发行价值 45000 万元自身股份和支付 3000 万元现金作为对价收购这些资产。在上市过程中，B 企业同时进行改制为有限责任公司。假定，资产的计税基础与账面价值相同，A 公司和 B 企业适用税率都为 25%。

问题：在改制上市过程中，A 公司和 B 企业的资产评估增值如何进行企业所得税处理？

【解析】 1. A 公司资产评估增值的企业所得税处理

（1）首先判断 A 公司是否属于适格的“国有企业”。由于 A 公司系甲省国资委管理的国有独资有限责任公司，并且 A 公司将评估增值资产注入已上市的股份有限公司 C 公司中，已经取得甲省国有资产管理委员会对资产评估结果的核准文件，所以满足 65 号文第二条规定的“执行本通知第一条税收优惠政策的国有企业”的条件，A 公司属于适格的国有企业。

（2）根据 65 号文第一条第（一）项规定，由于 A 公司将评估增值资产注入 C 公司属于改制上市，其发生的资产评估增值应确认所得 8000 万元（48000－40000）。其中，未取得现金对价的部分 5000 万元（8000－3000）应缴纳的企业所得税为 1250 万元（5000×25%）可以不征收入库，作为国家投资直接转增为 A 公司的国有资本金（记入资本公积溢价）；取得现金对价的部分 3000 万元应缴纳企业所得税 750 万元（3000×25%）。

2. B 企业资产评估增值的企业所得税处理

（1）首先判断B企业是否属于适格的非公司制企业。由于A公司属于适格的国有企业，并且100%控制B企业，而B企业属于非公司制的国有独资企业，其资产一并随A公司注入C公司中。所以，B企业属于适格的非公司制企业；

（2）根据65号文第一条第（二）项规定，由于B企业改制为有限责任公司，在改制环节发生的资产评估增值3000万元应缴纳的企业所得税为750万元（3000×25%）可以不征收入库，作为国家投资直接转增为B公司的国有资本金（记入资本公积溢价）。

通过上例分析，我们可以看出：

一是，65号文第一条第（一）项的政策与第（二）项的政策并不矛盾和冲突。因为，前者适用于满足65号文第二条规定条件的国有企业A公司改制上市的情形，A公司属于上市的主体或者借壳上市的主体，而后者则适用于国有企业A公司100%控制的非公司制企业B企业公司制改建（并不需要满足改建为拟上市的股份有限公司）的情形，B企业并非直接的上市主体，也不需要满足65号文第二条规定的条件；

二是，针对国有企业A公司100%控制的非公司制企业B企业的政策没有规定“但获得现金及其他非股权对价部分，应按规定缴纳企业所得税”，显然是因为在其公司制改建中，不存在收取现金及其他非股权对价的情形。

3. 经确认的评估增值资产，可按评估价值入账并按有关规定计提折旧或摊销，在计算应纳税所得额时允许扣除。

此规定的政策适用于65号文第一条第（一）、（二）项规定的资产评估增值，并无区别。其税法逻辑在于：

（1）对于国有企业改制上市

①如果属于国有企业股份制改建，将新设立的股份制公司视为一个独立的法人主体，相应地将股份制改建视为改制后的股份制公司从其前身（原国有企业）手中取得了资产、负债和业务，类似于独立交易和购买。因此，资产的评估增值部分已经实现并应该在税法上予以确认，只不过国家给予优惠政策——可以不征收入库，作为国家投资直接转增该企业国有资本金（含资本公积），此时应视为已经确认所得并完税，所以资产的计税基础应调增至评估价，按照评估价计提折旧或摊销并在计算应纳税所得额时允许扣除是应该的；

②如果属于国有企业新设成立股份有限公司，则属于国有企业以非货币性资产投资，视为销售和转让给股份有限公司，则评估增值部分已经实现并应该在税法上予以确认，只不过国家给予优惠政策而已。按照前述第①点的逻辑，

可以得出同样的结论；

③如果属于国有企业将评估增值资产注入已上市的股份有限公司，其实质与第②点类似，属于国有企业以非货币性资产投资，结论相同，不再赘述。

（2）对于国有企业100%控股（控制）的非公司制企业、单位

由于其属于公司制改建，其内在逻辑与第（1）①点相同，结论亦相同，不再赘述。

最后，笔者以一个国有企业改制为拟上市股份有限公司的例子来结束本部分的讨论。

【例38－2】国有企业改制为拟上市股份有限公司过程中，资产评估增值的企业所得税处理

假定，经甲省人民政府批准，A公司（甲省国资委管理的国有独资有限责任公司）计划改制为拟上市股份有限公司。

在资产评估基准日，A公司资产账面价值40000万元，评估价48000万元，评估增值8000万元。A公司已经取得甲省国资委对资产评估结果的核准文件。假定，资产的计税基础与账面价值相同，为简化不考虑负债，适用税率都为25%。

问题：在改制上市过程中，A公司资产评估增值如何进行财税处理？

【解析】显然A公司属于适格的国有企业（判断过程省略）。其资产评估增值的财税处理如下：

1. 对资产评估增值部分调账。即：

借：资产　　8000

贷：递延所得税负债　　2000（8000×25%）

　资本公积——资本溢价　　6000

在税务处理上，按照65号文第一条第（三）项的规定，资产的计税基础调整到评估价48000万元，并按该价格计提折旧或摊销，并在计算应纳税所得额时扣除。

2. 计提应纳税额时：

借：递延所得税负债　　2000

贷：应交税费——应交所得税　2000

3. 应纳税额转入国有资本金（资本公积）

借：应交税费——应交所得税　2000

贷：资本公积——股本溢价　　2000

在税务处理上，A 公司改制上市过程中发生的资产评估增值 8000 万元，应缴纳的企业所得税 2000 万元可以不征收入库，作为国家投资直接转增资本公积（股本溢价）。同时，国有股权的计税基础调增 2000 万元。财税不存在差异，不需要做纳税调整。

四、提报资料、有限期及过渡期执行

根据 65 号文的规定，符合规定条件的改制上市国有企业，应按税务机关要求提交评估增值相关材料。执行期限为 2015 年 1 月 1 日至 2018 年 12 月 31 日。本通知发布前发生的国有企业改制上市事项，符合本通知规定且未就资产评估增值缴纳企业所得税的，可按本通知执行；已就资产评估增值缴纳企业所得税的，不再退还。

需要注意的是，已就资产评估增值缴纳企业所得税的，不再退还。其实质是国家将应收的企业所得税直接征收入库了，并没有作为投资处理，由于都属于国有独资企业或国有独资有限责任公司，实质对国家和企业并无本质影响。

专题39：限售股转让的所得税、营改增问题

内容概览

由于我国证券市场的历史原因以及对市场稳定和监管之考虑，我国股市存在各种限售股，主要包括“股改限售股”、“首发限售股”以及“增发限售股”等。对于限售股的减持或转让，我国税法制定了特殊的税收政策，涉及所得税和增值税。本专题对此进行介绍。本专题包含如下内容：

■ 上市公司股份类型及限售股的概念、类型

■ 限售股转让的个人所得税问题

■ 限售股转让的企业所得税问题

■ 限售股转让的营改增问题

一、上市公司股份类型及限售股的概念、类型

在我国的A股市场，基于历史原因以及稳定、监管等考虑，存在多种股份的类别和涵义。通常，上市公司股份可以分为流通股和非流通股。

1. 流通股（tradable shares）是指可以在证券交易市场买卖交易的股份，即是说可以自由买卖。流通股又可分为无限售流通股和限售流通股。

2. 非流通股（non-tradable shares）指上市公司中不能在证券交易市场上自由买卖的股票（包括国家股、国有法人股、内资及外资法人股、发起自然人股等）。这类股票除了流通权与流通股不一样外，其他权利和义务都是完全一样的。但非流通股也不是完全不能买卖，它可以通过拍卖或协议转让的方式来进行流通。目前绝大部分上市公司的股份为流通股，包括无限售流通股和限售流通股。另外存在少量尚未进行股权分置改革的上市公司，仍具有非流通股。此类公司上市股票的简称前标有字母“S”，如“S佳通”。

3. “限售股”是指限制在一定时期内上市流通或不完全上市流通的股份。限售股可以分为如下三类：

（1）“股改限售股”：股权分置改革实现公司所有股份自由流通买卖后，股

改后的公司原非流通股股份的出售，应当遵守下列规定：（a）自改革方案实施之日起，在12个月内不得上市交易或者转让；（b）持有上市公司股份总数5%以上的原非流通股股东（“大非”），在前项规定期满后，通过证券交易所挂牌交易出售原非流通股股份，出售数量占该公司股份总数的比例在12个月内不得超过5%，在24个月内不得超过10%。[①] 取得流通权后的非流通股，由于受到以上流通期限和流通比例的限制，被称之为“股改限售股”；

（2）“首发限售股”：对于2006年以后（包括2006年）上市的股票，该上市公司的发起人在一定期限内不得自由交易的股份（控股股东、实际控制人36个月锁定期；其他股东12个月锁定期；董事、监事、高管1年锁定期）；[②]

（3）“增发限售股”：一般在非公开增发情况下出现。它们的限售股股东一般分为两类：一是，对于上市公司的控股股东、实际控制人或其控制的关联人，以及通过认购本次发行的股份取得上市公司实际控制权的投资者的锁定期为36个月；董事会拟引入的境内外战略投资者的锁定期为3年；二是，其他发行对象的锁定期为12个月。[③]

笔者将上市公司股份类型总结如下表39－1：

表39－1：上市公司股份类型

股份类型	细分类型	
流通股	无限售条件流通股	——
	有限售条件流通股	股改限售股
		首发限售股
		增发限售股
非流通股	——	——

二、限售股转让的个人所得税问题

（一）限售股的概念及征税限售股的界定

1. 财税［2009］167号及所便函［2010］5号的基本界定

① 参见《关于发布〈上市公司股权分置改革管理办法〉的通知》（证监发［2005］86号）第二十七条。

② 参见《公司法》第一百四十一条及《上海证券交易所股票上市规则》、《深圳证券交易所股票上市规则》。

③ 参见《上市公司证券发行管理办法》（证监会第30号令）及《上市公司非公开发行股票实施细则》（证监发行字［2007］302号）。

根据2009年12月31日发布的《财政部 国家税务总局证监会关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的通知》(财税［2009］167号,下称“167号文”)第二条的规定,限售股包括:“1. 上市公司股权分置改革完成后股票复牌日之前股东所持原非流通股股份,以及股票复牌日至解禁日期间由上述股份孳生的送、转股(以下统称股改限售股);2. 2006年股权分置改革新老划断后,首次公开发行股票并上市的公司形成的限售股,以及上市首日至解禁日期间由上述股份孳生的送、转股(以下统称新股限售股);3. 财政部、税务总局、法制办和证监会共同确定的其他限售股。”

同时,根据2010年1月15日发布的《国家税务总局所得税司关于印发〈限售股个人所得税政策解读稿〉的通知》(所便函［2010］5号)对限售股的概念做出了如下解释:

“一、关于限售股的概念

目前我国A股市场的限售股,主要由两部分构成:一类是股改产生的限售股;另一类是新股首次发行上市(IPO)产生的限售股。

(一)股改限售股

股改限售股是指股权分置改革过程中,由原非流通股转变而来的有限售期的流通股,市场俗称为‘大小非’。所谓‘大非’指的是大规模的限售流通股,占总股本5%以上;所谓‘小非’指的是小规模的限售流通股,占总股本5%以内。

……

(二)新股限售股

为保持公司控制权的稳定,《公司法》及交易所上市规则对于首次公开发行股份(IPO)并上市的公司,于公开发行前股东所持股份都有一定的限售期规定,由于股权分置改革新老划段后不再有非流通股和流通股的划分,这部分股份在限售期满后解除流通权利限制,构成了新股限售股。这类限售股目前已经占到全部限售股的大多数,将来还会有更多的新股限售股出现。新股上市后,新股限售股于解除限售前历年获得的送转股也构成了限售股。

除股改限售股和IPO限售股外,目前市场上还有一些有限售期要求的股票,主要是机构配售股和增发股。机构配售股是指IPO的时候,参与网下申购的机构投资人获得的股票,这部分需要锁定3个月到半年,[1] 然后才可以上市交易。

① 笔者注:《关于进一步深化新股发行体制改革的指导意见》(证监会公告［2012］10号)废止了该规定。

增发股类似机构配售股，是指定向增发后的股票，需要锁定 1 年，[1] 然后才可以上市交易。”

同时，所便函［2010］5 号还对征税限售股的范围进行了界定如下：

“二、关于征税限售股的范围问题

《通知》规定，此次纳入征税范围的限售股包括：

（一）股改限售股，即上市公司股权分置改革完成后股票复牌日之前股东所持原非流通股股份，以及股票复牌日至解禁日期间由上述股份孳生的送、转股。

（二）新股限售股，即 2006 年股权分置改革新老划断后，首次公开发行股票并上市的公司形成的限售股，以及上市首日至解禁日期间由上述股份孳生的送、转股。

（三）其他限售股，即财政部、税务总局、法制办和证监会共同确定的其他限售股。

从《通知》规定看，此次明确要征税的限售股主要是针对股改限售股和新股限售股以及其在解禁日前所获得的送转股，不包括股改复牌后和新股上市后限售股的配股、新股发行时的配售股、上市公司为引入战略投资者而定向增发形成的限售股。关于限售股的范围，在具体实施时，由中国证券登记结算公司通过结算系统给予锁定。另外，对上市公司实施股权激励给予员工的股权激励限售股，现行个人所得税政策规定其属于‘工资、薪金所得’，并明确规定了征税办法，转让这部分限售股暂免征税，因此，《通知》中的限售股也不包括股权激励的限售股。至于财政部、税务总局、法制办和证监会共同确定的其他限售股，是兜底的规定，将来视实际情况而定。”

从上述规定可以看出，基于当时的法律法规的规定，167 号文和所便函［2010］5 号实质上在个人所得税法上基本遵从了公司、证券以及交易所上市规则的规定来对限售股的概念进行了明确，并同时明确了征税限售股和不征税限售股的范围。有关详细介绍参见下文。

2. 财税［2010］70 号的补充界定

根据《财政部 国家税务总局 证监会关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的补充通知》（财税［2010］70 号，下称“70 号文”）第一条的规定：

“一、本通知所称限售股，包括：（一）财税［2009］167 号文件规定的限

---

① 笔者注：该规定属于当时的证券法规规定的期间，后来作出了修订，有关锁定期的规定参见前文。

售股；（二）个人从机构或其他个人受让的未解禁限售股；（三）个人因依法继承或家庭财产依法分割取得的限售股；（四）个人持有的从代办股份转让系统转到主板市场（或中小板、创业板市场）的限售股；（五）上市公司吸收合并中，个人持有的原被合并方公司限售股所转换的合并方公司股份；（六）上市公司分立中，个人持有的被分立方公司限售股所转换的分立后公司股份；（七）其他限售股。”

上述规定实质是对167号文征税限售股作出了补充和完善（并非扩展），主要包括上述第（二）至（六）项的情形。

综合167号文、70号文对征税限售股的规定，笔者总结如下表39－2：

表39－2：（不）征税限售股的范围及其解释

征税类别	条款	具体类型
征税限售股	167号第一条第(一)项	股改限售股及股票复牌日至解禁日期间孳生的送、转股
	167号第一条第(二)项	新股限售股及其上市首日至解禁日期间孳生的送、转股
	70号第一条第(二)项	个人从机构或其他个人受让的未解禁限售股
	70号第一条第(三)项	个人因依法继承或家庭财产依法分割取得的限售股
	70号第一条第(四)项	个人持有的从代办股份转让系统转到主板市场(或中小板、创业板市场)的限售股
	70号第一条第(五)项	上市公司吸收合并中,个人持有的原被合并方公司限售股所转换的合并方公司股份
	70号第一条第(六)项	上市公司分立中,个人持有的被分立方公司限售股所转换的分立后公司股份
不征税限售股	167条第一条、所便函[2010]5号第二条	股改复牌后和新股上市后限售股的配股、新股发行时的配售股
		上市公司为引入战略投资者而定向增发形成的限售股
		解禁日后限售股孳生的送、转股
		上市公司实施的股权激励限售股
	中国证券结算登记有限责任公司问题解答	自然人参与上市公司定向增发获得限售股份

下面，笔者针对上述各项情形进行解释和说明：

（1）征税限售股范围

①167 号文规定的征税限售股

在理解 167 号文第一条规定的征税限售股时，需要注意后述问题：股改限售股、新股限售股在复牌日或上市首日至解禁日期间，孳生的送、转股也属于征税范围。因为这是限售股成为流通股之前的权益孳生而来，对其征税是题中应有之义。同时，也意味着解禁日之后孳生的送、转股不属于应税限售股。因为，前述限售股在解禁日后成为了无限售条件流通股，其孳生的送、转股亦属于无限售条件流通股，不再属于 167 号文所述的征税限售股。但是该规定存在一种避税方案，即在解禁日后大比例送、转股。让我们以下例来展示：

【例 39－1】限售股解禁日后大比例送、转股规避个人所得税

假定，自然人 A 持有甲上市公司限售股 10 万股，解禁日次日的市场价为 10 元/股。如果 A 在当日按照该价格出售限售股将取得 100 万元的收入。但如果在解禁日之后，甲公司按 10：10 送股，则 A 将持有 20 万股，股票价格在除权之后价格为 5 元/股，则根据 167 号文的规定，A 持有的 20 万股中的 10 万股送股并不属于征税限售股，它属于无限售条件的流通股。根据《财政部、国家税务总局关于个人转让股票所得继续暂免征收个人所得税的通知》（财税字［1998］061 号）的规定："从 1997 年 1 月 1 日起，对个人转让上市公司股票取得的所得继续暂免征收个人所得税。"因此，A 仅仅需要对持有的 10 万股限售股应税，其应税收入为 50 万元（10×5）。

【评析】从有关限售股个人所得税政策来看，这是一个目前依然有效的避税方法。其避税的机理在于，解禁日后送、转股不属于征税限售股。同时，利用大比例送、转股的"除权"效应对股票市场价格的降低作用，将原限售股的应税价格降下来。这可能也是 167 号文在制定时没有考虑的问题，仅仅将送、转股视为股息、红利分配或者属于股票溢价转增来处理个人所得税，并没有考虑后续股票转让时对限售股个人所得税的影响。

②70 号文规定的征税限售股

（a）个人从机构或其他个人受让的未解禁限售股

对于该规定的理解其实并不在税法上而是在其他民商事法律方面。即，未解禁限售股是否可以转让？我们讲，一般情况下，机构或个人持有的限售股只有在解禁日后才可以在二级市场上流通转让，但这并非唯一方式。譬如，解禁日前，因依法继承或家庭财产依法分割、法院强制执行、企业重组以及大宗交

易等[①]情形下，都可能会发生限售股在解禁日前转让的情形。

同时，还需要注意的是，个人从机构或其他个人受让未解禁限售股时，对该个人并不发生纳税义务，发生纳税义务的是前手；而只有该个人再次转让未解禁限售股时才具有纳税义务。如果该个人在限售股解禁后第一次转让后再次转让的，不属于限售股征税范围，暂免征个人所得税。譬如下例：

【例 39－2】未解禁限售股转让时的个人所得税纳税义务

假定，自然人 A 持有甲上市公司限售股 100 万股，通过大宗交易系统将未解禁限售股转让给自然人 B，则此时，A 属于纳税义务人；如果 B 在解禁期内，再次通过大宗交易系统转让给自然人 C，则该时，B 属于纳税义务人。如果 C 一直持有到解禁日后在二级市场上将该等限售股分别转让给其他自然人，C 属于纳税义务人；其他自然人再次转让股票的，由于此时限售股已经转化为无限售条件流通股了，所以再次转让时暂免征税。

（b）个人因依法继承或家庭财产依法分割取得的限售股

对于该情形，需要注意的是，个人因依法继承或家庭财产依法分割取得的限售股不属于限售股的有偿转让行为，所以对于死者而言，不存在纳税义务；对其他家庭成员而言，应依目前个人所得税法的规定处理。同时，不论死者或其他家庭成员是否纳税以及承继人取得该股票是否已经解禁，只有在承继人第一次转让之后，该股票发生再次转让时，该股票才不属于征税限售股。譬如下例：

【例 39－3】个人因依法继承或家庭财产依法分割取得的限售股的个人所得税纳税义务

情形一：假定，自然人 A 持有甲上市公司限售股 10 万股，在该限售股解禁前，A 因病去世，其财产（包括限售股）由其女儿 B 法定继承。则，不论是在解禁前或是解禁后，B 对外转让该等限售股时，将负有纳税义务。

情形二：假定，自然人 A 持有甲上市公司限售股 10 万股，因离婚分割家庭财产而使得其配偶 B 取得了该限售股。如果 B 取得的限售股属于未解禁限售股，则，不论是在解禁前或是解禁后，B 对外转让该等限售股时，将负有纳税义务；如果 A 分割财产时，该等限售股已经解禁的，B 取得该等股票对外转让的，依然将负有纳税义务。下手取得该等股票再次转让时，该股票将不属于征税限售股，将依法暂免征个人所得税。

---

① 笔者注：70 号文第二条对这些实质性的限售股转让情形进行了明确，详见后文分析。

（c）个人持有的从代办股份转让系统转到主板市场（或中小板、创业板市场）的限售股

此种情形是针对“旧三板”和目前“新三板”转板到主板等其他市场的限售股的规定。即是说，转板并不改变征税限售股的性质。同时，对于从代办股份转让系统转到主板等其他市场的限售股，在主板等其他市场解禁日前孳生的送、转股仍属于征税限售股范围。

（d）上市公司吸收合并中，个人持有的原被合并方公司限售股所转换的合并方公司股份

对于此种情形的理解，需要注意如下三点：

一是，此处的“原被合并方公司”应当属于上市公司，即是说此种情形应属于上市公司直接的吸收合并，而且是换股吸收合并。

二是，个人持有的原被合并方公司限售股在吸收合并中换取了合并公司的股份并不解除征税限售股的特征，不论在换股吸收合并前，该限售股是否解禁。

三是，如果在上市公司换股吸收合并中提供了现金选择权的，现金选择权提供方取得的原被合并方公司的限售股是否仍然属于征税限售股，应依据现金选择权提供方取得限售股是否已经解禁来予以确定：（1）如果属于未解禁限售股的，现金选择权提供方取得未解禁限售股后，依然属于征税限售股，在吸收合并中转换为上市公司的股份后，并不改变征税限售股的性质，只不过以后减持时，将按照《国家税务总局关于企业转让上市公司限售股有关所得税问题的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 39 号）的规定征收企业所得税（详见后文）；（2）如果属于解禁限售股的，现金选择权提供方取得解禁限售股后，则属于无限售条件流通股，不属于征税限售股，因为异议股东已经在转让给现金选择权提供方时就限售股纳税，并解除了限售股的状态。

【例 39－4】上市公司吸收合并中，“现金选择权”对限售股持有人的所得税纳税义务的影响

情形一：未行使现金选择权

假定，甲上市公司拟吸收合并乙上市公司，乙公司由非关联方丙公司提供了现金选择权。吸收合并前，自然人 A 持有乙公司限售股 10 万股，在换股交易中全部转换为甲公司 8 万股。则，A 持有的 8 万股甲公司股票依然属于征税限售股，不论吸收合并前，A 持有的乙公司限售股 10 万股是否已经解禁。

情形二：行使现金选择权

基本事实同情形一。除了如下事实：在换股吸收合并中，A 行使了现金选

择权，将持有的乙公司限售股10万股转让给丙公司。则，应细分两种情形来处理：

（1）如果A行使现金选择权前，限售股未解禁，则：A视为转让限售股给丙公司，A将产生纳税义务。同时，丙公司取得的乙公司10万股限售股转换为8万股甲公司股票后，该等股票依然属于征税限售股，以后丙公司减持时，丙公司应按《国家税务总局关于企业转让上市公司限售股有关所得税问题的公告》（国家税务总局公告2011年第39号）处理，计算缴纳企业所得税。

（2）如果A行使现金选择权前，限售股已解禁，则：A视为转让限售股给丙公司，A将产生纳税义务。同时，丙公司取得的乙公司10万股股票已经解除征税限售股的状态，其转换的8万股甲公司股票不属于征税限售股。

（e）上市公司分立中，个人持有的被分立方公司限售股所转换的分立后公司股份

与上述第（d）项情形类似，不论分立时，被分立方公司限售股是否解禁，个人持有的被分立公司限售股所转换的分立后公司的股票都属于应征税的限售股范围。同时，异议股东回购请求权对税务的影响也类似，不再赘述。

除了上述第（a）至（e）项的情形属于征税限售股之外，70号文第一条第（七）项还规定了“其他限售股”。应该讲，该项与167号文第一条第（三）项的规定“财政部、税务总局、法制办和证监会共同确定的其他限售股”一样都属于兜底性条款。

（2）不征税限售股范围

在了解了征税限售股范围之后，我们再来看不征税限售股的范围。根据所便函［2010］5号以及中国证券结算登记有限责任公司有关问题的解答。不征税限售股的范围包括如下几类：

①股改复牌后和新股上市后限售股的配股、新股发行时的配售股

根据《上市公司证券发行管理办法》（证监会第30号令，以下简称“《发行管理办法》”）和《首次公开发行股票并上市管理办法》（证监会第32号令，下称“《首发管理办法》”）的规定，配股或配售股就是上市公司按照公司发展的需要，根据有关的规定和相应程序，向原股东增发新股，进一步筹集资金的行为。因此，此种情形下，实质不属于征税限售股孳生的股票，而属于上市公司增发新股。

②上市公司为引入战略投资者而定向增发形成的限售股

对于此种情形的理解关键在于，上市公司定向增发的股票不属于167号文

规定的股改限售股和新股限售股（首次公开发行），而是属于首次公开发行之后，上市公司的再融资行为。

③解禁日后限售股孳生的送、转股

此种情形属于167号文第一条规定本身衍生出来的必然的结论，我们在前文已经作出了解释，读者还可以参见【例39－1】。

④上市公司实施的股权激励限售股

此种情形为什么排除在征税限售股范围之外，所便函［2010］5号第二条解读给出了理由："另外，对上市公司实施股权激励给予员工的股权激励限售股，现行个人所得税政策规定其属于'工资、薪金所得'，并明确规定了征税办法，转让这部分限售股暂免征税，因此，《通知》中的限售股也不包括股权激励的限售股。"①

⑤自然人参与上市公司定向增发获得限售股份

此种情形是依据所便函［2010］5号第二条解读"关于限售股的范围，在具体实施时，由中国证券登记结算公司通过结算系统给予锁定"而来。同时，中国证券登记结算公司在2015年1月27日的政策问答中对此作出了解释：

"某自然人参与上市公司定向增发获得限售股份，此部分限售股份的转让所得是否需要征收个人所得税？

不需要。根据财政部、国家税务总局、证监会《关于个人转让上市公司限售股征收个人所得税有关问题的通知》（财税［2009］167号）及《关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的补充通知》财税［2010］70号）中限售股的定义，个人投资者参与上市公司定向增发获得的限售股份不在应纳税限售股范围之内。"②

其理由很简单，根据前述分析，征税限售股范围的界定其根本的依据是167号文对股改限售股、首发新股限售股的征税，而自然人参与定向增发获得限售股份不属于前两者之一。

（二）限售股应税转让的界定

除了通常情况下个人在二级市场上出售限售股之外，根据70号文第二条的规定，还包括其他方式。该条规定如下：

---

①　笔者注：有关股权激励个人所得税政策请读者参见本书"专题42：股权激励的税务问题"。

②　参见http：//www.chinaclear.cn/zdjs/szsc/201501/efb6998c1db743beaf7c10b4c49f346d.shtml，2015年8月30日访问。

“根据《个人所得税法实施条例》第八条、第十条的规定，个人转让限售股或发生具有转让限售股实质的其他交易，取得现金、实物、有价证券和其他形式的经济利益均应缴纳个人所得税。限售股在解禁前被多次转让的，转让方对每一次转让所得均应按规定缴纳个人所得税。对具有下列情形的，应按规定征收个人所得税：(一）个人通过证券交易所集中交易系统或大宗交易系统转让限售股；（二）个人用限售股认购或申购交易型开放式指数基金（ETF）份额；(三）个人用限售股接受要约收购；(四）个人行使现金选择权将限售股转让给提供现金选择权的第三方；(五）个人协议转让限售股；(六）个人持有的限售股被司法扣划；（七）个人因依法继承或家庭财产分割让渡限售股所有权；(八）个人用限售股偿还上市公司股权分置改革中由大股东代其向流通股股东支付的对价；(九）其他具有转让实质的情形。”

从上述规定可以看出，70 号文既给出了总体的判断原则，也对一些典型的应税转让形式予以了列举。解释如下：

1. 应税转让的总体判断原则

70 号文给出的应税转让总体判断原则是，根据《个人所得税法实施条例》第八条、第十条的规定，个人转让限售股或发生具有转让限售股实质的其他交易，取得现金、实物、有价证券和其他形式的经济利益均应缴纳个人所得税。如何理解和适用？需要注意如下要点：

一是，个人转让限售股既包括直接转让限售股的方式，也包括发生具有转让限售股实质的其他形式的交易；

二是，必须是“有偿”转让限售股。即取得相应的报酬、对价或经济利益，可以是现金、实物、有价证券和其他形式的经济利益。譬如，个人因依法继承或财产分割取得的限售股，虽然限售股所有权发生了转移，但对于死者或家庭成员而言，未取得任何形式的报酬或对价或其他经济利益，不属于有偿转让。

2. 具有实质转让性质的交易形式

70 号文第二条列举了九项具有实质转让性质的交易形式，其中第（九）项属于兜底性条款。对其余八种情形介绍如下：

（1）个人通过证券交易所集中交易系统或大宗交易系统转让限售股

我们知道，股票交易通常包括集中竞价交易模式和大宗交易模式。前者是个人转让限售股的最主要的方式。大宗交易平台是专门提供给那些交易数量和金额都非常大的券商、机构、投资者进行交易的平台。由于证监会规定，持有解除限售存量股份的股东预计未来一个月内公开出售解除限售存量股份的数量

超过该公司股份总数 1% 的，应当通过证券交易所大宗交易系统转让所持股份。因此，如果个人转让的限售股符合该条规定，个人就必须通过上海、深圳证交所的大宗交易系统进行转让，而不能直接在二级市场抛售。

（2）个人用限售股认购或申购交易型开放式指数基金（ETF）份额

70 号文将此种形式纳入限售股应税转让形式，其目的是为了解决实践中很多机构投资者通过认购或申购 ETF 基金的方式实现限售股转让避税的问题。主要的操作方式是，处于募集期的 ETF 基金，个人不需要按 ETF 基金规定的股票份额配齐其他股票，只需要按其所持有的已解禁限售股份额按一定比例折算为 ETF 基金份额。根据《财政部 国家税务总局关于证券投资基金税收问题的通知》（财税字［1998］55 号）的规定："对个人投资者买卖基金单位获得的差价收入，在对个人买卖股票的差价收入未恢复征收个人所得税以前，暂不征收个人所得税。"和《财政部、国家税务总局关于开放式证券投资基金有关税收问题的通知》（财税［2002］128 号）的规定："对个人投资者申购和赎回基金单位取得的差价收入，在对个人买卖股票的差价收入未恢复征收个人所得税以前，暂不征收个人所得税。"因此，持有限售股的个人可以通过将限售股转换成为 ETF 基金后，出售或赎回 ETF 基金单位（份额）的方式避税。①

上述避税方案的核心思路是利用了我国在个人认购或申购 ETF 基金份额时不征收个人所得税的政策。因为，我国在制定有关证券投资基金税收政策时，只考虑了其募集资金时，个人认购人采用现金认购方式的情形，并没有考虑这种以限售股方式进行认购的情形。所以，70 号文"弥补"了该漏洞。其税法原理在于，个人以限售股认购或申购 ETF 基金时，视为取得了非现金收入（基金份额），故符合《个人所得税法实施条例》第八条、第十条的规定，属于应税所得。

（3）个人用限售股接受要约收购

实践中，还可能因上市公司股份收购中发生要约收购而导致个人以限售股接受要约收购的情形。在这种情形下，不论要约收购发生时，限售股是否解禁，个人收取了收购方的现金或其他对价，发生了限售股的转让行为，皆应按规定征收个人所得税。

（4）个人行使现金选择权将限售股转让给提供现金选择权的第三方

此种情形，笔者已经在前文进行过详细的讨论，一般发生在上市公司之间

---

① 笔者注：有关证券投资基金的所得税政策请读者参阅本书"专题 39：证券投资基金的税务问题"。

换股吸收合并重组中，不再赘述。

（5）个人协议转让限售股

除了通过集中竞价交易系统和大宗交易平台进行股份转让外，为满足相关公司因正常经营所产生的并购重组等特定股份转让需求，限售股也可以通过证券交易所进行协议转让。与集中竞价交易系统或大宗交易平台的限售股转让必须是已解禁限售股不同，在协议转让中，限售股即使处于限售期，在不转让股份承诺的情况下，也可以通过协议转让方式流通。因此，如果协议转让时，限售股还处于限售期，则受让方取得的限售股依然属于征税限售股，其以后转让时仍需要缴纳企业所得税（因为受让方一般为机构投资者或公司）；如果协议转让时，限售股已经解禁，则受让方取得的限售股不再属于征税限售股。

（6）个人持有的限售股被司法扣划

个人持有的限售股依司法裁决被强制性扣划亦属于有偿转让的形式。譬如，被依法扣划用于抵偿债务。

（7）个人因依法继承或家庭财产分割让渡限售股所有权

如前所述，严格意义上讲，个人因依法继承或家庭财产分割而产生了限售股所有权的转移并不属于限售股的转让行为，不应征收个人所得税。譬如，类似的精神也体现在《财政部、国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税［2009］78 号）文件中。该文规定，对于房屋产权所有人死亡，依法取得房屋产权的法定继承人、遗嘱继承人或者受遗赠人，当事双方不征收个人所得税。70 号文将个人因依法继承或家庭财产分割让渡限售股所有权也列入了应征税的限售股转让情形，更多的是处于对限售股征税管理的一种技术角度的考虑。由于对于限售股的转让，在税收征管手段上是通过中国证券登记结算公司在证券交易系统中植入限售股成本，从而在转让环节才能直接准确扣税，避免后期清算压力。所以，为方便个人因依法继承或家庭财产分割让渡限售股后期转让时的扣税，需要提前植入这部分限售股的成本信息。如果在依法继承或家庭财产分割环节不征税，就无法植入这部分限售股的成本信息。实际操作中，将个人因依法继承或家庭财产分割让渡限售股所有权纳入征税情形，但转让收入在本环节只按转让方取得该股时支付的成本计算，既没有在本环节对转让方征税，也顺利地将这部分转让收入植入限售股中，作为受让方取得限售股的成本，从而方便后期转让时扣税。

（8）个人用限售股偿还上市公司股权分置改革中由大股东代其向流通股股东支付的对价

此种情形主要是针对上市公司的股权分置改革中，有的非流通股股东由于未能参加相关股东大会或者表决时投了反对票，而不愿意支付相应的对价的，大股东为了尽快完成股改，就决定在相关股东大会通过对价方案后，代替这些非流通股股东向流通股股东支付对价，而相关非流通股股东股份需流通时，应先向其偿还垫付的对价或得到其同意。如果后期个人用限售股向大股东偿还其垫付的对价，应属于股份转让行为。只不过70号文对于这种情况限售股转让时的收入是以转让方取得该股时支付的成本计算，即在个人用限售股偿还对价时并不征税。对于取得限售股的大股东而言，取得的限售股依然属于征税限售股，视个人或企业而分别适用于个人所得税或企业所得税。

（三）限售股转让的个人所得税政策

1. 适用税目、税率

根据167号文第三条规定："个人转让限售股，以每次限售股转让收入，减除股票原值和合理税费后的余额，为应纳税所得额。即：

应纳税所得额＝限售股转让收入－（限售股原值＋合理税费）

应纳税额＝应纳税所得额×20%

本通知所称的限售股转让收入，是指转让限售股股票实际取得的收入。限售股原值，是指限售股买入时的买入价及按照规定缴纳的有关费用。合理税费，是指转让限售股过程中发生的印花税、佣金、过户费等与交易相关的税费。

如果纳税人未能提供完整、真实的限售股原值凭证的，不能准确计算限售股原值的，主管税务机关一律按限售股转让收入的15%核定限售股原值及合理税费。"

因此，个人转让限售股实质是根据《个人所得税法实施条例》第八条的规定，视为"财产转让所得"按20%税率征收个人所得税。

2. 应纳税所得额的计算

应该讲167号文第三条对个人转让限售股应纳税所得额的计算仅仅做了原则性规定，但在70号文下，由于新增了八种实质股权转让性质的限售股转让，因此，该文第三条"应纳税所得额的计算"对此作出了详细的规定。笔者将在证券机构技术和制度准备完成后上市限售股的实际转让收入的确定规定总结如下表39－3：

表 39－3：限售股转让应纳税所得额的计算

法规条款	转让方式	实际转让收入的确定
70 号文第三条第（二）项	个人通过证券交易所集中交易系统或大宗交易系统转让限售股	转让收入以转让当日该股份实际转让价格计算，证券公司在扣缴税款时，佣金支出统一按照证券主管部门规定的行业最高佣金费率计算
70 号文第三条第（二）项	个人用限售股认购或申购交易型开放式指数基金（ETF）份额	通过认购 ETF 份额方式转让限售股的，以股份过户日的前一交易日该股份收盘价计算，通过申购 ETF 份额方式转让限售股的，以申购日的前一交易日该股份收盘价计算
70 号文第三条第（二）项	个人用限售股接受要约收购	转让收入以要约收购的价格计算
70 号文第三条第（二）项	个人行使现金选择权将限售股转让给提供现金选择权的第三方	转让收入以实际行权价格计算
70 号文第三条第（三）项	个人协议转让限售股[①]	转让收入按照实际转让收入计算，转让价格明显偏低且无正当理由的，主管税务机关可以依据协议签订日的前一交易日该股收盘价或其他合理方式核定其转让收入
	个人持有的限售股被司法扣划[①]	转让收入以司法执行日的前一交易日该股收盘价计算
	个人因依法继承或家庭财产分割让渡限售股所有权	转让收入以转让方取得该股时支付的成本计算[②]
	个人用限售股偿还上市公司股权分置改革中由大股东代其向流通股股东支付的对价	

注：①根据 70 号文第三条第（四）项的规定，个人转让因协议受让、司法扣划等情形取得未解禁限售股的，成本按照主管税务机关认可的协议受让价格、司法扣划价格核定，无法提供相关资料的，按照财税［2009］167 号文件第五条第（一）项规定执行；个人转让因依法继承或家庭财产依法分割取得的限售股的，按财税［2009］167 号文件规定缴纳个人所得税，成本按照该限售股前一持有人取得该股时实际成本及税费计算。

②该计算方法意味着，这两种情形下应税所得额为零，实际是不征税。

除了上表对限售股转让的收入的确定规则之外，计算确定其应纳税所得额还需要确定其限售股原值和合理税费。70 号文第三条第（五）、（六）项以及第五条对特殊情形做出了规定。即：

（1）在证券机构技术和制度准备完成后形成的限售股，自股票上市首日至解禁日期间发生送、转、缩股的，证券登记结算公司应依据送、转、缩股比例对限售股成本原值进行调整；而对于其他权益分派的情形（如现金分红、配股等），不对限售股的成本原值进行调整。

（2）因个人持有限售股中存在部分限售股成本原值不明确，导致无法准确计算全部限售股成本原值的，证券登记结算公司一律以实际转让收入的 15% 作为限售股成本原值和合理税费。

（3）个人持有在证券机构技术和制度准备完成后形成的拟上市公司限售股，在公司上市前，个人应委托拟上市公司向证券登记结算公司提供有关限售股成本原值详细资料，以及会计师事务所或税务师事务所对该资料出具的鉴证报告。逾期未提供的，证券登记结算公司以实际转让收入的 15% 核定限售股原值和合理税费。

（四）限售股转让个人所得税的征管

根据 167 号和 70 号文的规定，限售股转让个人所得税的征收管理分为两个阶段：一是，在证券机构技术和制度准备完成前，采用简易的“核定（预扣预缴）+自行申报清算”的征收方式；二是，在证券机构技术和制度准备完成后，采用由证券机构直接扣缴的征收方式。同时，还区分转让情形采用“代扣代缴”和“自行申报”两种征管方式。笔者将其总结如下表 39－4：

表 39－4：限售股转让个人所得税的征管方式

交易情形	期间	征管方式
1. 个人通过证券交易所集中交易系统或大宗交易系统转让限售股； 2. 个人用限售股认购或申购交易型开放式指数基金（ETF）份额； 3. 个人用限售股接受要约收购； 4. 个人行使现金选择权将限售股转让给提供现金选择权的第三方；	证券机构技术和制度准备完成前	证券机构预扣预缴、纳税人自行申报清算： 证券机构技术和制度准备完成前形成的限售股，证券机构按照股改限售股股改复牌日收盘价，或新股限售股上市首日收盘价计算转让收入，按照计算出的转让收入的15%确定限售股原值和合理税费，以转让收入减去原值和合理税费后的余额，适用20%税率，计算预扣预缴个人所得税额； 纳税人按照实际转让收入与实际成本计算出的应纳税额，与证券机构预扣预缴税额有差异的，纳税人应自证券机构代扣并解缴税款的次月1日起3个月内，持加盖证券机构印章的交易记录和相关完整、真实凭证，向主管税务机关提出清算申报并办理清算事宜。
	证券机构技术和制度准备完成后	证券机构直接扣缴： 按照证券机构事先植入结算系统的限售股成本原值和发生的合理税费，以实际转让收入减去原值和合理税费后的余额，适用20%税率计算，直接扣缴个人所得税额。
5. 个人协议转让限售股； 6. 个人持有的限售股被司法扣划； 7. 个人因依法继承或家庭财产分割让渡限售股所有权； 8. 个人用限售股偿还上市公司股权分置改革中由大股东代其向流通股股东支付的对价；	证券机构技术和制度准备完成前	纳税人自行申报纳税： 纳税人转让限售股后，应在次月七日内到主管税务机关填报《限售股转让所得个人所得税清算申报表》，自行申报纳税。主管税务机关审核确认后应开具完税凭证，纳税人应持完税凭证、《限售股转让所得个人所得税清算申报表》复印件到证券登记结算公司办理限售股过户手续。纳税人未提供完税凭证和《限售股转让所得个人所得税清算申报表》复印件的，证券登记结算公司不予办理过户。
	证券机构技术和制度准备完成后	

谈及限售股转让个人所得税征管，一个不可避免的话题就是实践中的“鹰潭模式”对其的冲击和影响。下面笔者对此进行分析：

【例 39－5】“鹰潭模式”对限售股转让个人所得税征收的影响

2010 年 7 月，江西省鹰潭市政府出台了《鼓励个人在鹰潭市辖区证券机构转让上市公司限售股的奖励办法》。该办法规定，如果个人限售股东愿意来本地营业部减持，政府可将限售股东减持个税的地方实得部分的80%作为奖励再返还给纳税人。纳税人如果愿意将奖励全部留在鹰潭投资置业的话，还可按个税

地方实得部分的10%再奖励。

统计数据显示，2010年8月份以后，江西鹰潭市证券营业部突然崛起，从2010年初至2010年11月24日，该营业部就共计发生138笔大宗交易减持，涉及总成交金额超过34亿元，分属国盛证券鹰潭胜利西路营业部和国泰君安证券鹰潭环城西路营业部。

上述事实被媒体披露后，“鹰潭模式”声名鹊起，并迅速在江西省内被效法。此外，现在这一模式还复制到了其他省市，江苏、福建、西藏等地方政府和营业部也纷纷加入进来，抢食这块税源大“蛋糕”。

【评析】简单地讲，该模式实际是利用了表39－4中第1项大宗交易平台转让限售股情形下，在证券机构技术和制度准备完成后，通过证券机构直接扣缴方式进行，这意味着个人开户的证券公司营业部所在地为纳税地点，而不是以上市公司登记注册地或个人的经常居住地为纳税地点，这就为某些地方（比如，江西鹰潭）出台地方返还的优惠政策提供了便利，即将个人所得税地方留存部分的一部分直接或间接通过证券公司返还给限售股持有个人。这也成为限售股个税文件出台后热潮一时的筹划案例。

尽管如此，需要注意的是，国家之所以要对限售股转让个税政策做出调整，主要也是因为股权分置改革后，原先以较低成本获得限售股的投资者，和个人投资者从上市公司公开发行和转让市场购买的股票转让所得享受同等免税待遇，加剧了收入分配不公矛盾，难以体现税收政策公平的原则。财政返还作为一项招商引资的优惠政策，是国家允许使用的。但“鹰潭模式”下，地方政府以该优惠政策作为抢夺税源的筹码，不但有失公平，还会扰乱正常的税收秩序。而且资本市场的利得都很高，限售股的市盈率哪个都不低，持有者减持后的所得税额应该都是很高的，所以，鹰潭市政府的这部分返还实质上就是国家税收的流失。同时，征税权和免税权都在中央，地方并没有这个权力。鹰潭市政府的奖励政策看上去是财政返还行为，但实际上就是变相免税，这有违税法精神。

三、限售股转让涉及的企业所得税问题

对于企业转让限售股一般应按照《企业所得税法》的一般规定计算股权转让所得，并记入应纳税所得额缴纳企业所得税。出于对限售股转让涉及的企业

所得税问题以及解决“法人代个人持股”的历史遗留问题[①]所引发的“代持股”所得税问题，国家税务总局于2011年7月7日出台了《国家税务总局关于企业转让上市公司限售股有关所得税问题的公告》（国家税务总局公告2011年第39号，下称“39号公告”）对此问题涉及的所得税问题给出了处理规定。

1. 限售股转让纳税义务人的确定

根据39号公告第一条规定：“根据企业所得税法第一条及其实施条例第三条的规定，转让限售股取得收入的企业（包括事业单位、社会团体、民办非企业单位等），为企业所得税的纳税义务人。”

本条从总体上明确了持有限售股的企业属于企业所得税的纳税义务人，即是说仅仅承认在中国证券登记结算有限公司进行限售股登记的企业为纳税义务人，遵从限售股持有的人（即使是名义持有人）的法律形式。

2. 企业转让代个人持有的限售股征税问题

根据39号公告第二条规定：“因股权分置改革造成原由个人出资而由企业代持有的限售股，企业在转让时按以下规定处理：

（一）企业转让上述限售股取得的收入，应作为企业应税收入计算纳税。

上述限售股转让收入扣除限售股原值和合理税费后的余额为该限售股转让所得。企业未能提供完整、真实的限售股原值凭证，不能准确计算该限售股原值的，主管税务机关一律按该限售股转让收入的15%，核定为该限售股原值和合理税费。

依照本条规定完成纳税义务后的限售股转让收入余额转付给实际所有人时不再纳税。

（二）依法院判决、裁定等原因，通过证券登记结算公司，企业将其代持的个人限售股直接变更到实际所有人名下的，不视同转让限售股。”

从上述规定可以看出：

（1）39号公告第二条规定仅适用于股改限售股，其目的在于解决因股权分

---

① 笔者注：所谓“法人代个人持股”是指，在股权分置改革之前，我国上市公司发行的股份通常包含三类：发起人股、定向法人股、内部职工股。由于当时的法人股必须是自有资金认购，并且流通受到极大的限制，所以很多法人单位实际自身并没有认购的动机，反而是很多个人通过法人单位的名义购买法人股，这样形成的法人股实质是个人出资认购的股份，导致法人股发行结果社会公众化。从《公司法》及其实践来看，这实质就是显名股东和隐名股东形成的代持股问题。2011年2月16日最高人民法院出台了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（法释［2011］3号，2014年2月20日法释［2014］2号作出了修订）对代持股现象的法律性质进行了明确。

置改革造成的历史遗漏问题，即“法人代个人持股”的问题；

（2）企业转让代持有的股改限售股时，代持股的企业是纳税义务人，对税后余额转付给实际所有人时不再纳税。即，尽管个人是实际的出资人，是隐名股东，但税法遵从法律形式而认定代持股的企业（名义股东）为纳税义务人，并遵从其业务实质，在企业完税后对转付给个人的余额不再重复征收个人所得税。

（3）企业未能提供完整、真实的限售股原值凭证，不能准确计算该限售股原值的，39 号公告采用了与个人转让限售股政策相同的方式，由主管税务机关一律按该限售股转让收入的 15% 核定为扣除成本；

【例 39－6】 企业“代持股”股改限售股转让的所得税处理

假定，自然人 A 于 1995 年交付 50 万元给甲公司，并以甲公司的名义购买乙上市公司的非流通股。2012 年，甲公司将其持有的乙公司已解禁的限售股予以出售获得了 800 万元的收入。假定，税务机关按照限售股转让收入的 15% 核定为该限售股原值和合理税费。

问题：该限售股转让行为的所得税如何处理？

【解析】 甲公司转让限售股缴纳的企业所得税＝800×（1－15%）×25%＝170（万元）；甲公司将完税后的收入余额转付给 A 时，A 不再就该余额重复缴纳个人所得税。

（4）依法院判决、裁定等原因，通过证券登记结算公司，企业将其代持的个人限售股直接变更到实际所有人名下的，不视同转让限售股。

在 39 号公告之前，实践中，很多实际所有人通过司法诉讼的方式，依照法院判决或裁定由代持股公司通过证券登记结算公司直接变更到实际所有人的名义下，个人再转让该限售股时只征收一道个人所得税。这些司法判决普遍遵从了“实质重于形式”的法律原则，对限售股的变更不视为转让。因此，在这些实践的基础上，39 号公告采纳了司法判决的精神和立场。

3. 企业在限售股解禁前转让限售股征税问题

39 号公告第三条规定：“企业在限售股解禁前将其持有的限售股转让给其他企业或个人（以下简称受让方），其企业所得税问题按以下规定处理：

（一）企业应按减持在证券登记结算机构登记的限售股取得的全部收入，计入企业当年度应税收入计算纳税。

（二）企业持有的限售股在解禁前已签订协议转让给受让方，但未变更股权登记、仍由企业持有的，企业实际减持该限售股取得的收入，依照本条第一项

规定纳税后，其余额转付给受让方的，受让方不再纳税。”

笔者在前文已经介绍过，限售股在解禁前并非不可转让。譬如，前述的大宗交易（符合条件的话）、协议转让等。那么，对于在解禁前转让限售股时，如何征收所得税呢？39 号公告第三条要解决的就是这个问题。在理解和适用时，我们需要注意如下两点：

（1）企业在限售股解禁前转让的，应按减持在证券登记结算机构登记的限售股取得的全部收入，计入企业当年度应税收入计算纳税。即是说，按照证券登记结算机构减持的限售股为准；

（2）企业在解禁前已协议转让，但并未在证券登记结算机构进行变更登记，遵从法律形式，视为企业仍然持有该等限售股，即使在最终限售股解禁后实质转让并变更登记之前被多次协议转让的，该等限售股依然视为被最初持有人一直持有，并按照持有数额征收企业所得税，其余额转付给受让方的，受让方不再纳税。其税法原理在于，税法遵从股权转让的法律形式，视为股权转让于转让协议生效并股权变更登记完成之日，股权转让收入实现，这与国税函［2010］79 号第三条“关于股权转让所得确认和计算问题”的规定“企业转让股权收入，应于转让协议生效、且完成股权变更手续时，确认收入的实现”保持一致。

【例 39－7】 企业在限售股解禁前多次协议转让时，如何进行所得税处理？

假定，A 公司持有甲上市公司 10 万股限售股，购买成本为 1 元/股。因资金需要，现协议转让给 B 公司，作价 300 万元；后 B 公司作价 500 万元转让给 C 公司。这两次转让均未在证券登记结算机构进行变更登记。限售股解禁后，A 公司将限售股出售获得收入 800 万元。

问题：如何对上述多次限售股转让征税？

【解析】 1. 按照 39 号公告的规定处理如下：

由于最终系 A 公司在限售股解禁后出售，根据 39 号公告第三条第（二）项的规定，则：

A 公司转让限售股所得＝800－1×10＝790（万元）

A 公司将完税后的收入余额 790 万元转付给 C 公司时，由于该 790 万元已经由 A 公司完税，不再重复对 C 公司征收企业所得税。

2. 如果按照“实质重于形式”原则对每次限售股的协议转让征税的话，则：

第一次转让时：A 公司转让限售股所得＝300－1×10＝290（万元）

第二次转让时：B 公司转让限售股所得＝500－300＝200（万元）

第三次转让时：C 公司转让限售股所得 = 800 - 500 = 300（万元）

上述三次转让合计所得为 790 万元，与按照 39 号公告规定计算一致。

事实上，按照上述两种方式进行征税并不会对国家税收造成实质影响，但如果对每次转让环节都征税，一个是与股权转让变更登记的法律形式不一致，再者也与确认股权转让收入的确认时点不一致，而且加大了征管难度。因此，39 号公告的规定实质是遵从了法律形式简化了税款征收。

四、限售股转让的营改增问题

限售股转让除了涉及前述的所得税之外，还存在一个重要的税务问题，就是有关营改增的问题。在理论和实践中，又主要集中在非金融机构减持限售股增值税的征收上面。我们知道，限售股股东可以是企业和个人，下面分别对此进行介绍。

（一）个人限售股转让增值税问题

根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》第一条规定：“在中华人民共和国境内（以下称境内）销售服务、无形资产或者不动产（以下称应税行为）的单位和个人，为增值税纳税人，应当按照本办法缴纳增值税，不缴纳营业税。”根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》附录“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”第 4 点“金融商品转让”的规定：“金融商品转让，是指转让外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品所有权的业务活动。其他金融商品转让包括基金、信托、理财产品等各类资产管理产品和各种金融衍生品的转让。”因此，对于单位和个人买卖限售股属于增值税应税行为。

但根据 36 号文附件 3《营改增试点过渡政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（二十二）项“下列金融商品转让收入”第 5 点的规定：“个人从事金融商品转让业务。”显然，该政策与原营业税（财税［2009］111 号）下给予个人买卖限售股暂免征收营业税的政策保持一致。

类似地，在改征增值税后，唯一有所争议的是，从“买”的角度来看，限售股特别是“股改限售股”其取得时并非是从公开的交易市场上“买”入，似乎并不符合“有价证券”的通常理解。

（二）企业限售股转让增值税问题

1. 企业限售股转让的销售额的确定

根据36号文附件2《营改增试点事项规定》第一条第（三）项“销售额”第3点规定：“金融商品转让，按照卖出价扣除买入价后的余额为销售额。

转让金融商品出现的正负差，按盈亏相抵后的余额为销售额。若相抵后出现负差，可结转下一纳税期与下期转让金融商品销售额相抵，但年末时仍出现负差的，不得转入下一个会计年度。

金融商品的买入价，可以选择按照加权平均法或者移动加权平均法进行核算，选择后36个月内不得变更。

金融商品转让，不得开具增值税专用发票。”

从上述规定可以看出，企业限售股转让的销售额的确定采用差额法来确定，这延续了原营业税的规定。

2. 增值税的买入价如何确定？

根据上述规定，买入价可以选择按照加权平均法或者移动加权平均法进行核算，选择后36个月内不得变更。原因在于，由于上市公司涉及较为频繁的送、转股的问题以及如果纳税人股票转让频繁的情况下，如果采用先进先出法、个别计价法会面临每股成本重新计算问题，比较繁琐。因此，该规定采用加权平均法或移动加权法来确定是恰当的。

但该规定并没有解决原营业税下买入价是以实际出资成本、上市时的公开发行价、上市之日开盘价、上市之日收盘价何者来确定的争议问题。按当时主流观点的代表《福建省金融业营业税政策研讨会会议纪要》、《福建省金融业营业税政策研讨会会议纪要》、《厦门市营业税差额征税管理办法》（厦门市地方税务局公告2012年第3号）和《青岛市地方税务局关于股票转让缴纳营业税计税营业额问题的公告》（青岛市地方税务局公告2015年第1号）[①] 的规定：①纳税人在依法设立的证券交易所或者国务院批准的其他证券交易所购买股票，以实际购买成交价为买入价，不得包括购进过程中支付的各种费用和税金；②纳税人在股份公司获准上市前取得的股票，以该公司获准上市后首次公开发行股票的发行价[②]为买入价，买入价的扣除凭证为股份公司首次公开发行股票的招股说明书。

---

① 该文第三条规定：“买入价按以下类型分别确定：（一）纳税人在股份公司获准上市前取得的股票，以股份公司首次公开发行股票的发行价为买入价；（二）纳税人在股份公司获准上市后取得的股票，以实际购买成交价为买入价，不得包括购进股票过程中支付的各种费用和税金。买入价依照财务会计制度规定，以股票的购入价减去股票持有期间取得的股票红利收入的余额确定。”

② 笔者注：此处的发行价是上市首日的开盘价或是收盘价并不明确，在实践中一般是收盘价。

笔者倾向于按照福建、厦门和青岛的观点来确定。理由是，被投资企业在首发上市之前，原始股份并不属于有价证券“股票”，以首发日的收盘价确定为宜。

3. 限售股持有期间取得的股息、红利所得是否缴纳增值税？

在营改增之前，《营业税暂行条例》第五条（四）项规定：“外汇、有价证券、期货等金融商品买卖业务，以卖出价减去买入价后的余额为营业额。”国税发［2002］9 号第四章第十四条第（一）项“股票转让”规定：“营业额为买卖股票的价差收入，即营业额 = 卖出价 - 买入价。股票买入价是指购进原价，不得包括购进股票过程中支付的各种费用和税金。卖出价是指卖出原价，不得扣除卖出过程中支付的任何费用和税金。”财税［2003］16 号文第三条第（八）项的规定：“金融企业（包括银行和非银行金融机构，下同）[①] 从事股票、债券买卖业务以股票、债券的卖出价减去买入价后的余额为营业额。买入价依照财务会计制度规定，以股票、债券的购入价减去股票、债券持有期间取得的股票、债券红利收入的余额确定。”

从上述规定可以看出，纳税人持有期间收到的股票红利收入需要从买入价中予以扣除，即是说纳税人应就持有期间的股票红利按“金融保险业”税目中的金融商品买卖业务申报纳税。

但在 36 号文下，则并没有明确这个问题，按照一般理解，基于营业税差额计算销售额政策的延续，应理解为买入价不包括持有期间取得的股票、债券红利收入。

4. 企业转让限售股的增值税免税政策

根据 36 号文附件 3《营改增试点过渡政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（二十二）项“下列金融商品转让收入”第 1 - 4 点的规定，符合条件的如下企业单位投资者可以免税：“1. 合格境外投资者（QFII）委托境内公司在我国从事证券买卖业务。2. 香港市场投资者（包括单位和个人）通过沪港通买卖上海证券交易所上市 A 股。3. 对香港市场投资者（包括单位和个人）通过基金互认买卖内地基金份额。4. 证券投资基金（封闭式证券投资基金，开放式证券投资基金）管理人运用基金买卖股票、债券……”

---

① 笔者注：因财税［2003］16 号文发布在 2009 年营业税暂行条例修订之前，所以该项仅仅规定了金融企业的适用，但按照原理，在修订之后亦应适用非金融企业。

专题 40：QFII、RQFII 及“沪港通”的税务问题

内容概览

为了鼓励投资，一定程度上解决在我国资本项目尚未完全开放情况下的跨境资本投资活动，我国逐步推出了 QFII（合格境外机构投资者）、RQFII（人民币合格境外投资者）和“沪港通”业务。在本专题，笔者将对这些业务类型的税务问题进行介绍。本专题包含如下内容：

■ QFII、RQFII 的基本概念和交易架构

■ QFII、RQFII 的税务问题

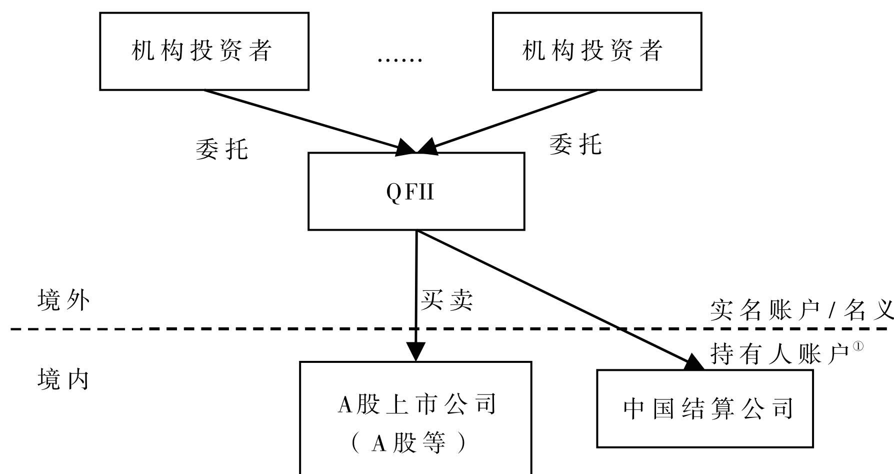
■“沪港通”的概念及其交易机制

■“沪港通”的税务问题

一、QFII、RQFII 的基本概念和交易架构

QFII（Qualified Foreign Institutional Investors）是“合格境外机构投资者”的英文简称，QFII 制度是指外国专业投资机构到境内投资的资格认定制度。作为一种过渡性制度安排，QFII 制度是我国在资本项目尚未完全开放的情况下，实现有序、稳妥开放证券市场的特殊通道。在该制度下，QFII 将被允许把一定额度的外汇资金汇入并兑换为人民币，通过严格监督管理的专门账户投资国内证券市场，包括股息及买卖价差等在内各种资本所得经审核后可转换为外汇汇出，实际上就是对外资有限度地开放中国的证券市场。其简易的交易架构图如下图 40 - 1：

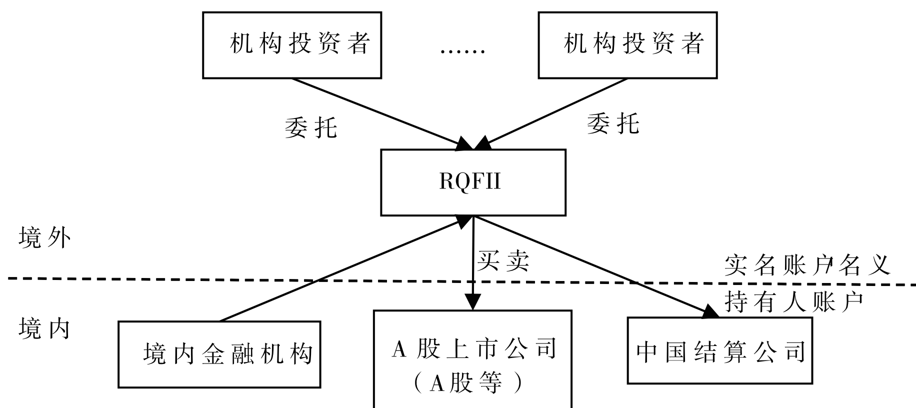
图 40－1：QFII 交易架构图



注：①根据《合格境外机构投资者境内证券投资管理办法》（中国证券监督管理委员会、中国人民银行、国家外汇管理局令第 36 号）第十六条规定，合格投资者可以在证券登记结算机构申请开立证券账户。该证券账户可以是实名账户，也可以是名义持有人账户。根据《关于实施〈合格境外机构投资者境内证券投资管理办法〉有关问题的规定》（证监会公告［2012］17 号）第六条规定，合格投资者应当委托托管人向中国证券登记结算有限责任公司（以下简称中国结算公司）申请开立证券账户。合格投资者可以开立多个证券账户，申请开立的证券账户应当与国家外汇局批准的人民币特殊账户对应。第七条规定："合格投资者应当为自有资金或管理的客户资金分别申请开立证券账户。合格投资者为客户资金开立证券账户时，账户名称可以设置为'合格投资者＋客户名称'。合格投资者为其管理的公募基金、保险资金、养老基金、慈善基金、捐赠基金、政府投资资金等长期资金申请开立证券账户时，账户名称可以设置为'合格投资者＋基金（或保险资金等）'。账户资产属'基金（保险资金等）'所有，独立于合格投资者和托管人。境内基金管理公司可以为合格投资者提供特定客户资产管理服务，并开立相应账户，投资范围应符合对合格投资者的有关规定。"

RQFII（RMB Qualified Foreign Institutional Investors）是指"人民币合格境外投资者"，是指经中国证监会批准，在国家外汇管理局批准的投资额度内，给予合格境外机构投资者（如基金公司、券商）以来自于境外的人民币资金（离岸人民币）投资中国证券市场。对 RQFII 放开证券市场投资，是侧面加速人民币的国际化。其简易的交易架构图如下图 40－2：

图 40－2：RQFII 交易架构图



二、QFII、RQFII 的税务问题

（一）QFII、RQFII 股息所得税政策

《国家税务总局关于中国居民企业向 QFII 支付股息、红利、利息代扣代缴企业所得税有关问题的通知》（国税函［2009］47 号）将中国居民企业向 QFII 支付股息、红利、利息代扣代缴企业所得税有关问题进行了明确。其规定如下：

“一、QFII 取得来源于中国境内的股息、红利和利息收入，应当按照企业所得税法规定缴纳 10% 的企业所得税。如果是股息、红利，则由派发股息、红利的企业代扣代缴；如果是利息，则由企业在支付或到期支付时代扣代缴。

二、QFII 取得股息、红利和利息收入，需要享受税收协定（安排）待遇的，可向主管税务机关提出申请，主管税务机关审核无误后按照税收协定的规定执行；涉及退税的，应及时予以办理。”

从上述规定可以看出，与本书前述的《国家税务总局关于中国居民企业向境外 H 股非居民企业股东派发股息代扣代缴企业所得税有关问题的通知》（国税函［2008］897 号，以下简称“897 号文”）规范的境外投资者投资 H 股上市公司的 H 股相比较，QFII 投资境内证券不同的是，QFII 直接由境内上市公司等代扣代缴，因为这个时候 QFII 系在中国结算公司的开户人，扣缴之后予以支付，涉及退税的按照相关规定予以办理。

同时，从本质上讲，RQFII 属于一种 QFII，其区别在于境内金融机构在香港、我国台湾地区、新加坡、伦敦的子公司或取得资产管理资格的资产管理公司可以申请资格，并且使用离岸人民币资金进行投资。其交易性质和经济实质

具有类似性，所以对于 RQFII 有关股息的税收政策依然适用国税函［2009］47 号文。

（二）QFII、RQFII 转让股票等权益性投资资产的所得税政策

根据《财政部 国家税务总局 证监会关于 QFII 和 RQFII 取得中国境内的股票等权益性投资资产转让所得暂免征收企业所得税问题的通知》（财税［2014］79 号）的规定：

“经国务院批准，从 2014 年 11 月 17 日起，对合格境外机构投资者（简称 QFII）、人民币合格境外机构投资者（简称 RQFII）取得来源于中国境内的股票等权益性投资资产转让所得，暂免征收企业所得税。在 2014 年 11 月 17 日之前 QFII 和 RQFII 取得的上述所得应依法征收企业所得税。

本通知适用于在中国境内未设立机构、场所，或者在中国境内虽设立机构、场所，但取得的上述所得与其所设机构、场所没有实际联系的 QFII、RQFII。”

需要注意的是该规定的第二款，该款规定实质与《企业所得税法》第三条第三款“非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税”的规定保持一致，即是不按照 25% 的税率而是按照 10% 或者协定优惠税率执行预提所得税。

（三）QFII、RQFII 的增值税政策

根据 36 号文附件 3《营改增试点过渡政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（二十二）项“下列金融商品转让收入”第 1 点规定：“合格境外投资者（QFII）委托境内公司在我国从事证券买卖业务。”因此，与原营业税《财政部 国家税务总局关于合格境外机构投资者营业税政策的通知》（财税［2005］155 号）的规定一样，在营改增之后，QFII 和 RQFII 委托境内公司在我国从事证券买卖业务取得的差价收入免征增值税。

（四）QFII、RQFII 的印花税政策

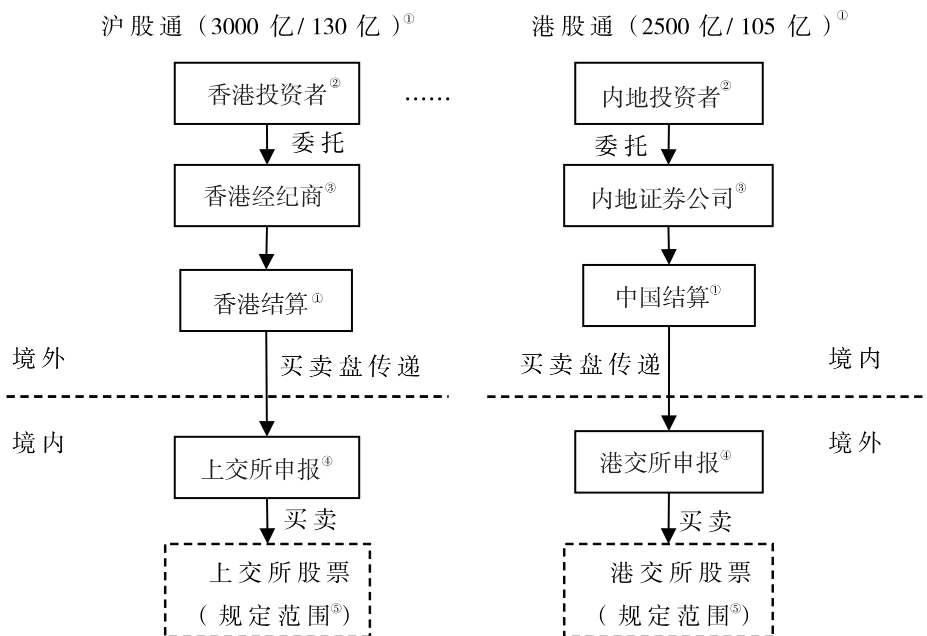
对于 QFII 和 RQFII 的印花税而言，国家并没有出台特别的政策，应同境内投资者一样的待遇。即，从 2008 年 4 月 24 日起，由双方分别按 1‰税率缴纳印花税。

三、“沪港通”的概念及其交易机制

“沪港通”是指上交所和香港联交所建立技术连接，使内地和香港投资者可

以通过当地证券公司或经纪商买卖规定范围内的对方交易所上市的股票。沪港通包括“沪股通”和“港股通”两部分。“沪股通”是指香港投资者委托香港经纪商，经由香港联交所设立的证券交易服务公司（香港中央结算有限公司，下称“香港结算”），向上交所进行申报，买卖规定范围内的上交所上市的股票。“港股通”是指内地投资者委托内地证券公司，经由上交所设立的证券交易服务公司（中国证券登记结算有限责任公司，下称“中国结算”），向香港联交所进行申报，买卖规定范围内的香港联交所上市的股票。沪港通是加强内地与香港资本市场联系、推动资本市场双向开放的有益尝试，是我国资本市场对外开放的重要内容。其主要的交易机制及流程图如下图 40－3：

图 40－3：“沪港通”交易机制及流程图



注：①实行投资额度管理。试点初期，沪股通总额度为 3000 亿元人民币，每日额度为 130 亿元人民币；港股通总额度为 2500 亿元人民币，每日额度为 105 亿元人民币；
②实行投资者适当性管理。试点初期，参与港股通的境内投资者限于机构投资者以及证券账户和资金账户余额合计不低于人民币 50 万元的个人投资者；对参与沪股通的香港投资者不设准入条件；
③施行代持股制度。香港结算和中国结算互为结算参与人，分别在对方开立证券账户，依法提供名义持有人服务。境内投资者不登记于香港联交所上市公司的股东名册，而是通过中国结算享有香港联交所上市股票的实际权益；同样，香港市

场投资者也不登记于上交所上市公司的股东名册，而是通过香港结算享有上交所上市股票的实际权益；

④相关交易结算活动遵守交易结算发生地的监管规定及业务规则；

⑤施行投资范围管理。试点初期，沪股通的股票范围是上交所上证 180 指数、上证 380 指数的成分股，以及同时在上交所、香港联交所上市的 A + H 股公司股票；港股通的股票范围是香港联交所恒生综合大型股指数、恒生综合中型股指数的成分股和同时在香港联交所、上交所上市的 A + H 股公司股票。

四、“沪港通”的税务问题

《财政部 国家税务总局 证监会关于沪港股票市场交易互联互通机制试点有关税收政策的通知》（财税［2014］81 号，下称“81 号文”）明确了内地投资者通过沪港通投资香港联交所上市股票（“港股通”）和香港市场投资者通过沪港通投资上交所上市 A 股（“沪股通”）的所得税问题。同时，81 号文和财税［2016］36 号文还明确了两地投资者通过沪港通买卖股票增值税、证券（股票）交易印花税问题。笔者将有关正常的境内投资、QFII/RQFII 和沪港通税收政策总结对比如表 40 – 1。

表 40－1：境内投资、QFII/RQFII 及“沪港通”税收政策对比

投资途径	投资者类型		所得税		增值税	印花税
			转让价差	股息、红利		
境内投资	个人投资者		从公开发行和转让市场获得股票，暂免；限售股，20%[①]	持股 1 个月内，20%；持股 1－12 个月内，10%；持股 1 年以上，暂免征；[②]来自于外商投资企业，暂免	自 2016 年 5 月 1 日起，免征[④]	从 2008 年 4 月 24 日起，由双方分别按 1‰税率缴纳印花税
	企业投资者		25%	符合条件居民企业之间股息、红利免税（不包括连续持有居民企业公开发行并上市流通的股票不足 12 个月取得的投资收益）[③]	卖出价减去买入价余额为营业额，6%；对股改限售股是否征收尚存争议[⑤]	
QFII/RQFII	个人投资者		2014 年 11 月 17 日前，10%；之后暂免[⑥]	10%，上市公司代扣代缴，享受低于 10% 协定税率的，可就差额退税[⑦]	自 2016 年 5 月 1 日起，免征[⑧]	同“境内投资”规定
	企业投资者					
沪港通[⑨]	个人投资者	内地投资者	3 年内暂免（2014－11－17 日至 2017－11－16 日止）	H 股：20%，H 股公司代扣代缴； 非 H 股：20%，中国结算代扣代缴； 国外已缴预提税可抵免	自 2016 年 5 月 1 日起，免征[④]	按香港法律执行
		香港投资者	自 2014 年 11 月 17 日起，暂免	香港结算不具备向中国结算提供投资者身份、持股时间等之前，暂不执行持股时间差异化征税政策，10%，上市公司代扣代缴；投资者享受低于 10% 的协定税率的，可自行或委托代理人申请享受，并就差额予以退税。	自 2016 年 5 月 1 日起，免征[⑩]	同“境内投资”规定
	企业投资者	内地投资者	25%	＜12 个月，25%；≥12 个月，免征； H 股公司不代扣，企业投资者自行申报缴纳，对非 H 股上市公司已代扣代缴税款可抵免	自 2016 年 5 月 1 日起，免征	按香港法律执行
		香港投资者	自 2014 年 11 月 17 日起，暂免	香港结算不具备向中国结算提供投资者身份、持股时间等之前，暂不执行持股时间差异化征税政策，10%，上市公司代扣代缴；投资者享受低于 10% 的协定税率的，可自行或委托代理人申请享受，并就差额予以退税。	自 2016 年 5 月 1 日起，免征[⑩]	同“境内投资”规定

注：①《财政部、国家税务总局关于个人转让股票所得继续暂免征收个人所得税的通知》（财税字［1998］061号）、《财政部 国家税务总局证监会关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的通知》（财税［2009］167号）及《财政部 国家税务总局 证监会关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的补充通知》（财税［2010］70号）；

②根据《关于上市公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》（财税［2015］101号）；

③《企业所得税法》第二十六条及《企业所得税法实施条例》第八十三条；

④《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税［2016］36号）附件3《营改增试点过渡政策规定》第一条第（十二）项第5点；

⑤《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税［2016］36号）附件2《营改增试点事项规定》第一条第（三）项第3点；

⑥《财政部、国家税务总局 证监会关于QFII和RQFII取得中国境内的股票等权益性投资资产转让所得暂免征收企业所得税问题的通知》（财税［2014］79号）；

⑦《国家税务总局关于中国居民企业向QFII支付股息、红利、利息代扣代缴企业所得税有关问题的通知》（国税函［2009］47号）；

⑧《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税［2016］36号）附件3《营改增试点过渡政策规定》第一条第（十二）项第1点；

⑨《财政部 国家税务总局 证监会关于沪港股票市场交易互联互通机制试点有关税收政策的通知》（财税［2014］81号）；

⑩《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税［2016］36号）附件3《营改增试点过渡政策规定》第一条第（十二）项第2点。

从该总结可以看出，81号文的政策不但为两地投资者相互进行证券投资提供了优惠的税收政策待遇，而且还明确了以前一直未明确的QFII/RQFII的股票转让所得征收企业所得税。81号文的几个主要的税收政策考量如下：[①]

第一，对内地个人买卖港股差价三年内暂免征税。该优惠政策的主要考虑是，沪港通尚处于启动试点阶段，为吸引内地个人赴港投资，推动沪港通的开

① 参见2014年11月14日“财政部税政司 国家税务总局政策法规司 证监会会计部有关负责人就沪港通试点及QFII、RQFII有关税收政策问题答记者问”。

展，在税收政策方面给予适当优惠。免税期限暂定三年，未来根据我国资本市场发展和开放的总体情况等综合因素再统筹研究；

第二，对香港市场投资者（包括企业和个人）买卖 A 股的差价暂免征收所得税。按照现行税收政策规定，对个人转让从二级市场取得的上交所、深交所上市公司股票的差价所得，暂免征收个人所得税。根据内地和香港税收安排以及我国与多数国家签订的税收协定的有关规定，对非居民的股份转让所得，除少数情况外，基本是不征所得税的。考虑到香港市场投资者按内地和香港税收安排或其他税收协定申请免税待遇程序复杂，耗时较长，为减轻纳税人和税务机关的执行成本，从政策上明确了免税待遇。

第三，对 QFII、RQFII 取得股票等权益性投资资产转让所得暂免征收所得税。除沪港通外，目前境外投资者已通过 QFII、RQFII 投资境内证券市场。按照税法规定（财税［2014］79 号出台之前），QFII、RQFII 取得我国股票等权益性投资资产的转让所得，应缴纳企业所得税。考虑到 QFII、RQFII 和沪港通在交易性质和经济实质上的类似性，在税收政策方面宜通盘考虑，否则容易造成税收政策不公平，甚至引发避税问题。因此，在对沪港通机制下的香港市场投资者暂免征收股票转让差价所得税的同时，对 QFII 和 RQFII 取得的股票等权益性投资资产转让所得一并给予免税待遇。

第四，对香港市场投资者（包括单位和个人）通过沪港通买卖上交所上市 A 股的差价收入暂免征收增值税。按照 36 号文的规定，对个人（包括个体工商户及其他个人）从事有价证券买卖业务取得的收入免征收增值税。对单位买卖股票，则以卖出价减去买入价后的余额作为销售额，按照 6% 的税率计征营业税。对香港市场单位投资者通过沪港通买卖上交所上市 A 股的差价收入，自 2016 年 5 月 1 日起免征收增值税。

第五，对证券（股票）交易印花税征税。为了维护双方经济利益，体现对等原则，同时方便税收征管操作，在税收管辖权上，沪港通以交易标的物属地为标准，确定应适用的税法规定。沪股通的交易标的物在上交所上市，因此按照内地税法缴纳证券（股票）交易印花税。港股通的交易标的物在香港联交所上市，因此按照香港特别行政区税法缴纳印花税。为了方便税收征管和纳税人，沪股通证券（股票）交易印花税由香港结算代收后转交中国结算，港股通印花税由中国结算代收后转交香港结算或香港联交所，然后按照各自税款缴纳方式上缴税务机关。

专题 41：对赌协议的财税问题

内容概览

如本书前述，笔者在讨论某些并购重组交易（如股权或资产并购等）时，曾经论及这些交易中通常会存在“对赌协议”或“对赌条款”。在并购法律实务中，对赌协议或条款是基于并购双方对目标公司或目标资产估值的分歧而产生。那么，在税法上如何对对赌协议或条款进行所得税税务处理呢？这是一个税法领域的理论和实践难题，即使是在美国这样的所得税法发展上百年的国家亦是如此。在本专题，笔者将在介绍对赌协议的涵义及类型、会计处理的基础上，以美国和澳大利亚的税法实践为借鉴，讨论我国对赌协议所得税处理的现状并提出建议。本专题包含如下内容：

■ 对赌协议的涵义及类型

■ 对赌协议的会计处理——以 IFRS、ASC 和 CAS 实践为中心

■ 对赌协议的所得税处理——基于美国、澳大利亚税法的借鉴及中国税法的实践

■ 我国税法对对赌协议的所得税处理实践及建议

▶增资型对赌的实践及建议

▶收购型对赌的实践及建议——以 59 号文特殊性税务处理为视角

一、对赌协议的涵义及类型

（一）对赌协议的涵义

“对赌协议”（Valuation Adjustment Mechanism，“VAM”）本义是“价值调整机制”，也有翻译为“估值调整协议”。简单地讲，对赌协议是投资方与融资方在达成协议时，双方对于企业价值估值不一致情况下对未来不确定情况的一种约定。如果约定的条件出现，投资方可以行使一种估值调整的权利；如果约定的条件不出现，融资方则行使另一种权利。所以，对赌协议实际上是期权的一

种形式。对赌协议产生的根源在于目标公司或目标资产未来盈利能力的不确定性，目的是为了尽可能地实现投资交易的合理和公平，它既是投资方利益的保护伞，又对融资方起着一定的激励作用。所以，对赌协议本质上是一种金融工具，是带有附加条件的价值评估方式。但在法律人士看来，对赌协议仅仅是一项附生效条件的民事法律行为而已。

（二）对赌协议的类型

1. 按支付对价方式的不同分类

对赌协议按照收购方支付对价方式的不同，可以分为正向的对赌协议协议和反向的对赌协议。从这种分类来看，对赌协议就是国外投资并购实践所称的“或有对价”（contingent consideration），在公司并购法律和所得税法中则被称为“earn－outs”，因此也被称为正向的或有对价协议和反向的或有对价协议。简单地讲，“earn－outs”是指资产并购中，由于收购方与出售方就标的资产的价值无法达成一致意见，为了弥补双方对价值预测的分歧而达成交易，双方对标的资产的总价不作固定，约定以未来期间标的资产的表现指标（如销售收入、净收入等）为基准，来确定标的资产的最终成交价格。

（1）正向或有对价协议（正向对赌协议）

通常情况下，正向或有对价协议是指，当并购重组的收购方和出售方对目标公司的估值（收购总对价）无法达成一致时，双方会在基于未来事件（亦称为“里程碑”事件）的基础上采取一个追加支付（additional payment）或者一个或有对价的方式来解决分歧和差异。这样的价款支付或对价通常被称为“或有对价”，并且典型地采取目标公司在收购日后满足某些收入或盈利指标的方式进行。譬如，在股权并购交易中，目标公司的控股股东转让其持有股权，收购方于交易达成时先予支付一部分价款，之后根据“里程碑”是否达成再予以追加支付给出让股东一笔金额不确定的价款。这种方式可以形象地称为“预付＋追加”方式。下面，我们通过一个例子来看正向或有对价协议：

【例41－1】 正向或有对价协议（标准或有对价协议）

A公司希望出售其持有的B公司100%股份，B公司拥有并运营一个运输业务。A公司认为该股份的公允价值为600万元。该价值是基于该运输业务每年将产生450万元的销售收入预期的基础上作出的。潜在的收购方C公司认为，该股份的估价在400万元到600万元之间。A公司同意出售该等股份给C公司并达成一致，双方签订的收购条款将考虑运输业务在交易后2年的业绩表现。因此，交易双方达成如下协议条款：

（1）在收购日，C公司一次性支付400万元；

（2）如果运输业务在收购后2年每年的年度销售总收入超过250万元，则C公司追加支付该年度总销售收入超过250万元部分的50%；

收购日后，与A公司的估值预期一致，在后续2年的每年的销售总收入都是450万元。因此，C公司被要求在该2年每年结束时支付100万元［（450－250）×50%］。

（2）反向或有对价协议（反向对赌协议）

与正向或有对价协议相反，反向或有对价协议是指，在出售方出售标的资产中，收购方于交易达成时先予支付商定的一个总价款，如果标的资产或目标公司未实现“里程碑”，则出让方应向收购方返还约定金额的价款。这种方式可以形象地称为“先付＋后返”方式。我国实践中，上市公司发行股份购买资产中的“盈利预测补偿协议”或“利润补偿协议”就是典型的“先付＋后返”方式。下面，我们通过一个例子来看反向或有对价协议：

【例41－2】反向或有对价协议

基本事实同【例41－1】，但除了如下事实：收购方C公司同意先支付600万元，如果B公司在收购后2年内的业绩表现达不到要求的话，但希望从A公司处获得返还部分价款的一个保证。因此，交易双方达成如下协议条款：

（1）在收购日，C公司一次性支付600万元；

（2）如果运输业务在收购后2年每年的年度销售总收入达不到450万元，则A公司将每年少于450万元的差额部分的50%返还给C公司。

在收购后2年，B公司运输业务的年度销售总收入分别为425万元和435万元。因此，A公司应在第1年年末返还12.5万元［（450－425）×50%］，应在第2年年末返还7.5万元［（450－435）×50%］。

2. 按对赌产生的基础资产的不同分类

对赌协议按照对赌产生的基础资产的不同，可以分为增资型对赌协议和资产收购型对赌协议。

（1）增资型对赌协议

所谓增资型对赌协议是指，在投资人对目标公司进行增资时，以被投资的公司或资产为基础资产进行对赌，通常采用的里程碑事件是被投资公司及资产的未来盈利能力或者是被投资公司未来是否能够上市等。在PE/VC融资中，这种类型的对赌非常常见，而且对赌的对象往往既包括被投资公司原控股股东（或创始股东），还可能包括被投资公司本身。

（2）资产（股权）收购型对赌协议

所谓资产（股权）收购型对赌协议是指，在收购方对目标公司或标的资产（股权）进行收购时，收购方与出售方以被收购的目标公司或标的资产（股权）为基础资产进行对赌，通常采用的里程碑事件是目标公司或标的资产（股权）的未来盈利能力。在上市公司重大资产重组中，这种类型的对赌体现为“盈利预测补偿协议”或“利润补偿协议”。

我们可以发现，资产（股权）收购型对赌与增资型对赌的区别在于对赌的基础资产并不一样。后者的基础资产是被投资公司的资产，而前者的基础资产是被收购方投入的目标公司/资产或者说被收购的目标公司/资产。

二、对赌协议的会计处理——以 IFRS、ASC 和 CAS 实践为中心

在 IFRS 中，有关或有对价的会计处理规定主要集中在 IFRS 3[①] 的 3. 39 条款和 3. 40 条款[②]中。在 ASC[③] 中，则主要集中在 805 条款[④]和 810 条款[⑤]，前者是关于并购的会计处理标准（已将 FAS[⑥] 141（R）整合吸收），后者是关于合并（consolidations）的会计处理标准（已将 ARB[⑦] NO. 51 整合吸收）。

（一）IFRS 和 ASC 对“或有对价”的定义

在 IFRS 和 ASC 中，其准则都对或有对价作出了定义。即，如果未来事件发生或条件被满足的话，收购方将向出售方转移额外的资产（assert）或权益（equity）的一个义务，或有对价还可以采取收购方从被收购业务（business）的出售方处收回以前已经被转移的资产或权益的权利的方式[⑧]。该规定意味着，在

---

① IFRS 3 系指“International Financial Reporting Standard 3：Business Combinations”，翻译为“国际财务报告准则第 3 号：业务合并”。

② IFRS 3. 39 条款系关于或有对价在收购日的确认和计量的规定；IFRS 3. 40 条款系关于收购方从已支付对价中获得一个返还的或有权利（或有返还对价）作为一个资产被确认和计量的规定。

③ “ASC”系指“Accounting Standard Code”，翻译为《美国会计准则汇编》。

④ See FASB ASC 805 – Deferred tax asset and liability recognition in business combinations.

⑤ See FASB ASC 810 – Consolidation.

⑥ FAS 英文全称是“Financial Accounting Standards”，意指《财务会计准则》。其中，FAS141（R）是指 Statement of Financial Accounting Standards No. 141（revised）, Business Combinations（FAS 141（R））。

⑦ “ARB”英文全称是“Accounting Research Bulletins”，意指《会计研究公报》。1938 年，美国注册会计师协会（American Institute of Certified Public Accountants，“AICPA”）为了在建立统一的会计制度问题上发表自己的见解，专门设置了会计程序委员会（Committee on Accounting Procedures，“CAP”）。该委员会在 1939 – 1959 年间，共发表了 51 份《会计研究公报》（ARB）。在这 51 份公报中，其中前面公布的 42 份公报于 1953 年经 CAP 重新整理，作为第 43 号公报予以发表，因此目前适用的实际上仅存第 43 号公报至第 51 号公报共 9 份公报。但是这些公报并不是对协会会员的指令性文件，而只是在被会计界所公认时才具有权威性。其中，ARB NO. 51 是指 1959 年 CAP 发布的第 51 号会计研究公报，要求当一家公司拥有另一家公司控制性的财务利益时，为了使报表公允地披露，应当编制合并报表。

⑧ See IFRS 3. A，FASB ASC 805 – 10 – 20.

并购或业务合并中，收购方应对向出售方作出或转移的支付或对价进行评估，并确认它们是否应当在并购或业务合并中被独立确认和计量。

（二）IFRS 和 ASC 对“或有对价”的确认和计量

在 IFRS 和 ASC 以前的准则中，或有对价通常在清结时作为收购成本的一部分进行计量。即是说，在收购日并不需要对或有对价进行任何会计处理，而是当收购方依据或有对价协议或安排支付给出售方或接收返还时，收购方将记录追加支付的收购价格或返还的收购价格。但在新准则下，收购方必须在收购日对或有对价进行确认。因此，尽管收购方和出售方对总收购价款并不一致，但收购方现在仍然需要确定或有对价的公允价值并在收购日将其确认到收购对价中。此外，收购方还需要确认最大的或有对价的公允价值变动对盈利的影响。即是说，收购后期间的公允价值变动将体现在各期的财务报告中。

1. 在收购日，对或有对价的初始划分和计量

（1）收购日初始划分

在收购日，收购方因或有对价协议或安排的类型不同而需要对或有对价作出不同的划分。对于正向或有对价协议，应将或有对价划分为负债（liability）或权益（equity）；对于反向或有对价协议，由于收购方将拥有接收或有对价返还的权力（即或有返还对价），这样的协议安排将被确认为资产（assert）。笔者将其总结如下表 41－1：

表 41－1：或有对价在收购日的类型划分

或有对价协议类型	或有对价分类	协议安排的性质
反向或有对价协议	资产	收购方有权利从出售方接受一个或有返还对价的权利
正向或有对价协议	负债	收购方有无条件的义务支付现金或其他财产给出售方
	权益	收购方被要求或有权选择发行其股份给出售方①

注：①这通常意味着，或有对价安排可以明确规定要求收购方以其权益股份或收购方有权选择以其权益股份进行清结，但这并不意味着该被发行的股份就无例外地被划分为权益。

（2）收购日初始计量

不论是在 IFRS 或是在 ASC 中，或有对价在收购日都以其公允价值进行确认和计量①。如果收购方负有支付或有对价的义务，则应将或有对价划分为金融负

① See IFRS 3.39，FASB ASC 805－30－25－5.

债或权益并按公允价值计量；如果收购方享有接受或有返还对价的权利，则应将或有对价划分为资产并按公允价值计量。[①]

【疑难问题41－1】或有对价划分对收购方损益的影响

在收购日，对或有对价的初始划分可能对收购方收购后的财务状况产生重大影响。譬如，如果或有对价被划分为资产或负债的话，则按照准则的规定，收购日后的资产或负债的后续公允价值的变动将在每个报告日按公允价值确认和计量，并反映在损益中，直到或有对价协议清结。如果被划分为权益的话，则其后续的公允价值的变动并不需要重新计量，即使在清结日，该或有协议安排的公允价值与以前并不相同。

①或有对价被划分为金融负债

通常，或有对价如果被划分为金融负债，则意味着在满足约定条件下，收购方负有（a）向出售方交付现金或其他金融资产的合同义务，或在潜在不利的条件下，交换金融资产或金融负债的合同义务；或（b）将来须用或可用其自身权益工具结算的合同并且它是（i）一个实体有或可能有交付一个可变数量的自身权益股份的义务的非衍生工具；或（ii）须用或可用除以一个固定金额的现金或其他金融资产换取一个固定数量的自身权益工具之外方式结算的衍生工具。

下面是一个在收购日被划分为金融负债的或有对价的典型例子：

【例41－3】现金结算或有对价——划分为负债

假定，A公司计划以4,000万美元价格收购B公司。A公司和B公司达成一致：如果B公司在收购日后的年度的收入超过25,000万美元的话，则A公司将额外支付给B公司的原股东500万美元。

【解析】该或有对价协议或安排属于典型的正向或有对价协议，并且要求A公司支付现金。因此，A公司应当在收购日采用合适的方法评估该或有对价500万美元在收购日的公允价值（比如，确认的公允价值为300万元），并将其划分为一项负债。此外，该金融负债后续公允价值的变化应当一直确认和计量，直到该协议被清结。

尽管收购方可以通过发行权益股份的方式来清结一个或有对价，但是该安排并非必然被划分为一个权益。如前所述，如果收购方将使用可变数量的权益股份来清结，则将构成金融负债，即使它发行的是权益股份。前述准则的定义显得是如此的“专业”而措词“拗口”，其实简单地讲，这即是权益工具和金

---

① See IFRS 3.39、IFRS 3.40，FASB ASC 805－30－25－5、ASC 805－30－25－7.

融负债区分的一个基本原则——“固定对固定”原则（参见本书“专题8：优先股、永续债的税务问题”）的高度理论抽象。用一个简单的例子来解释则更容易理解。譬如，A公司向自然人B借款1万元（1年期间），约定到期按照A公司的股价折算为A公司的股票结算，即是说A公司发行股票偿还债务。在此种情形下，由于A公司的股价是波动的，所以最后结算转股的数量也是变动的，但无论如何变动，最终B公司获得的股票价值总额依然是1万元，A公司偿还债务付出的代价亦是1万元，我们可以发现，这与通常情况下，A公司先发行股票募集1万元现金，再以现金偿还B的负债并无本质区别，因而，从此意义上讲，A公司以可变数量的自身权益股份结算仅仅是一种代替现金的结算手段或者是一种支付清偿手段，应划分为金融负债。

下面是一个在收购日发行权益股份结算而被划分为金融负债的或有对价的典型例子：

【例41－4】股份结算或有对价——划分为负债

假定，A公司计划通过发行100万股普通股给B公司的股东用以收购B公司。在收购日，A公司普通股的价格是＄40/股。A、B公司达成一致：如果A公司普通股在收购日后1年后的交易价格低于＄40/股的话，A公司将向B公司的原股东追加发行普通股补足低于4,000万美元价值（即收购日100万股普通股的公允价值）的部分。

【解析】该或有对价是一个正向或有对价协议，并且创设了一个保证义务。即，A公司将被要求以可变数量的A公司普通股去进行清结。譬如，如果A公司的普通股价格在收购日后1年后从＄40/股降低到＄35/股，则该清结义务的金额＝（＄40－＄35）×100＝500（万），需要额外追加发行普通股数量＝500/＄35＝142,857（股）；如果价格降低到＄30/股，则该清结义务的金额＝（＄40－＄30）×100＝1,000（万），需要额外追加发行普通股数量＝1,000/＄30＝333,333（股）。因此，该或有对价协议将在收购日被划分为金融负债。

②或有对价被划分为权益

如本书前述，收购方能否将或有对价分类为权益工具，一般来说，需要遵从两大基本原则：（1）是否能无条件地避免交付现金或其他金融资产的合同义务；（2）以发行方自身权益工具（比如，普通股）进行结算的，是否符合“固定对固定”原则。对于第（2）项，通常，如果收购方使用可变数量的权益股份进行清结，并且将导致：（1）在开始时已知的一个固定的合同义务；（2）构成一个义务的金额随收购方的权益股份的公允价值的变化而反向变化；或者（3）

该义务的金额随收购方的权益股份的公允价值之外的某些事项而变化，则该协议通常将被划分为金融负债。

如下例子展示了在收购日被典型地划分为权益工具的或有对价的情形：

【例 41－5】 固定数量股份结算或有对价——划分为权益工具

假定，A 公司计划通过发行 100 万股 A 公司普通股给 B 公司的股东用以收购 B 公司。在收购日，A 普通股的价格是 $40/股。A、B 公司达成一致：如果 B 公司在收购日后 1 年期间内的收入等于或超过 20,000 万美元，则 A 公司将向 B 公司的原股东追加发行普通股 100,000 股。

【解析】 B 公司的经营业绩目标是独立地基于 B 公司的经营（即 B 公司的收入）而不是 B 公司自身权益股份的价格，并且该或有对价协议创设了一个义务。即，A 公司被要求以一个固定数量的自身权益股份去结算。因此，用于结算或有对价条款的权益股份应被划分为一个权益工具。反之，如果业绩目标是基于 B 公司相对于其竞争对手的收入的增长，则该协议并非独立地基于收购方的经营，应被划分为金融负债。

2. 或有对价的后续计量

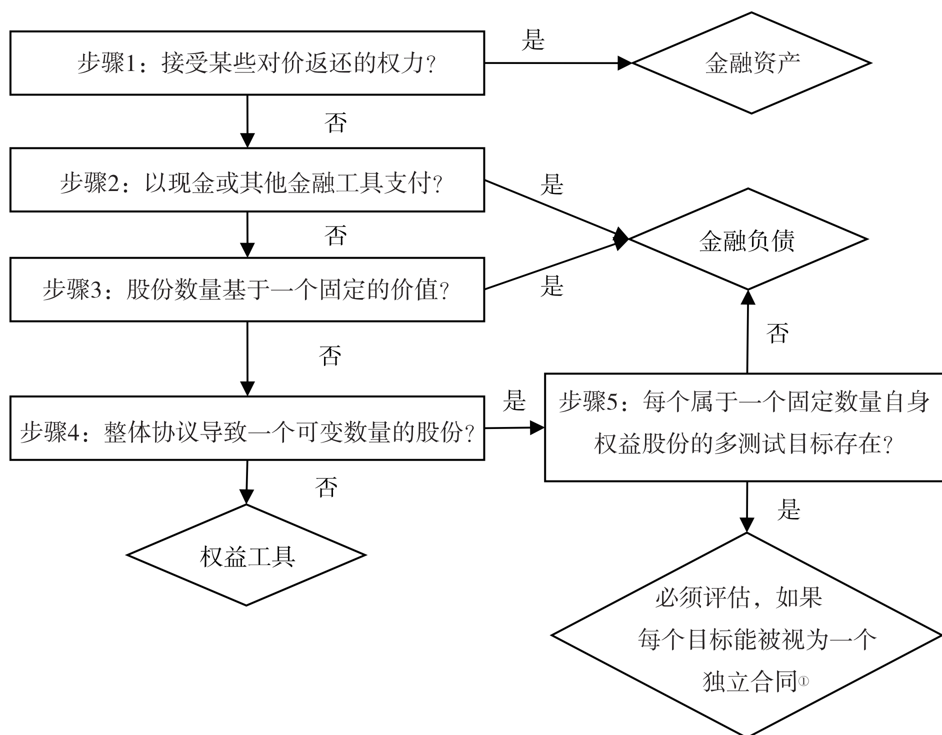
无论是在 IFRS 或是在 ASC 中，对于或有对价的后续计量的原则和方法几乎是一致的。笔者总结如下表 41－2：

表 41－2：或有对价的后续计量

或有对价协议类型	或有对价划分类型	后续计量	
		IFRS	ASC
反向或有对价协议	资产	在后续每个报告日按公允价值计量。其中，划分为负债的公允价值变动计入损益，直到协议清结；划分为资产的计入可供出售金融资产，公允价值变动计入其他综合收益，最终计入损益。（IFRS 3.58）	在后续每个报告日按公允价值计量。其中，划分为负债的公允价值变动计入损益，直到协议清结；划分为资产的计入可供出售金融资产，公允价值变动计入其他综合收益，最终计入损益。（ASC 805－30－35－1）
正向或有对价协议	负债		
	权益	在收购日按公允价值计量，并在初始确认后不再重新计量，即使该协议的公允价值在清结日是不同的；清结时从权益中进行会计处理。（IFRS 3.58）	在收购日按公允价值计量，并在初始确认后不再重新计量，即使该协议的公允价值在清结日是不同的；清结时从权益中进行会计处理。（ASC 805－30－35－1）

最后，我们以如下流程图 41－1 来展示决定或有对价协议划分的框架：

图 41－1：或有对价划分决策流程图①



注：①需要判断确定核算单元是否应是整体合同或是整体合同中的单独合同。

（三）收购方“或有对价”的确认和计量

对或有对价的估值方法通常涉及惯常的现金流量折现分析法，而该法涉及更为错综复杂的蒙特卡罗模拟法（Monte Carlo simulations）。或有对价协议的条款和支付安排将影响收购方使用的估值模型的类型。

在前述【例 41－3】的现金结算或有对价中，收购方将最大可能地考虑一个最佳的估计现金流量折现方法。关键的问题在于——什么样的折现率最好地代表了内含在协议中的固有风险？实际上，这里存在多种风险。比如，预测风险（达成预测的收入水平的风险）和信用风险（收购方可能没有财务能力去支付或有对价的风险）都需要被考虑。这些风险的任何一个可以被单独地计量。但是，当两个风险前后关联地存在时，应当考虑诸如两个风险之间的潜在的相关性以及在协议实现中每个风险相互的影响。

① See A Global Guide to Accounting for Business Combinations and Noncontrolling Interests Application of the U. S. GAAP and IFRS Standards, Chapter 2: Acquisition Method, p2－40.

在实践中，确定【例 41 –3】中现金结算或有对价的公允价值的一个简单可行的替代方法是建立未来收入的一系列的离散的潜在情形。首先，我们需要确定这些离散情形的分布。即，在这些离散情形中，某些离散点将显示高于 25000 万美元的业绩目标，而另外一些则将显示低于。就那些高于 25000 万美元的离散点而言，收购方支付或有对价的义务将发生；对于那些低于的离散点而言，则将不存在支付义务。其次，每一个离散点将被赋予一个可能性以及可能的加权平均支付金额能够基于市场参与者的假定被折现。

让我们以如下示例来展示采用上述概率方法下的加权替代方法的应用。

【例 41 –6】现金结算或有对价估值——概率加权法

基本事实见【例 41 –3】。假定，在收购日，A 公司评估的 B 公司收入水平、或有对价的支付金额及其可能性如下表（单位：万美元）：

离散系列	B 公司收入水平	支付金额	可能性（%）	加权支付金额
1	$20,000	$0	10	$0
2	22,500	0	15	0
3	25,000	0	15	0
4	27,500	500	40	200
5	30,000	500	20	100
合计	——	——	100	$300
			折现率	6%
			公允价值	$100

因此，在收购日，A 公司应当按照 $100 万美元确认为一项金融负债，并且以后该金融负债后续公允价值的变化应当一直确认和计量，直到该协议被清结。

需要说明的是，这样的替代方法在简单的现金结算中表现得较好，但在权益股份结算的或有对价中（比如，【例 41 –4】)，这样的估值方法显然并不足够。事实上，在这样的情形下，需要股份价格的估值模式来解决，需要考量的因素会很多。譬如，收购方下一年度的潜在的财务结果、收购方在下一年度的潜在的股份价格回报、财务结果如何进行分配和股份价格回报的相关性以及该相关性如何被量化和模型化、能够影响整个股票市场的其他市场事件的潜在结果以及什么样的折现率足够地反映了该种类估值内含的固有的所有的风险等等。实践中，往往会借助于某些类型的期权价格的估值方法来充分地组合这些风险。

（四）出售方“或有对价”的确认和计量

通常情形下，当里程碑事件发生时，出售方接收现金或其他金融资产权利的或有对价满足金融资金的定义。此时，它应作为接收的并购对价的一部分，并按照金融资产的四个类型进行划分并进行计量。反之，如果出售方负有支付现金或其他金融资产的义务的或有对价满足金融负债的定义。

最后，需要提醒的是，在中国会计准则下，《金融负债与权益工具的区分及相关会计处理规定》（财会［2014］13 号）与《企业会计准则第 20 号——企业合并》（下称“《企业合并准则》”）、《企业会计准则第 22 号——金融工具确认和计量》（下称“《金融工具确认和计量准则》”）和《企业会计准则第 37 号——金融工具列报》（下称“《金融工具列报准则》”）一起构成了对并购或有对价的会计处理规范，而且基本与 IFRS 的规定趋同，不再赘述。

三、对赌协议的所得税处理——基于美国、澳大利亚税法的借鉴及中国税法的实践

我们在前文概述了对赌协议中或有对价的会计确认和计量的问题，在本部分我们将重心转移到或有对价协议的所得税税务处理上面来。应该讲，我国税法对或有对价协议的所得税处理并没有国家层面的统一的制度和规则，仅仅是在各地方层面针对个案存在个别的批复意见，显然这跟我国目前的并购重组实践完全不匹配。因此，笔者先从美国、澳大利亚两个实行不同会计准则的国家的税法实践来予以借鉴，然后再来审视我国税法的实践问题。

（一）美国有关或有对价协议的所得税处理

在所得税税务处理上，美国税法对一个财产交易中或有对价的税务处理主要涉及如下两个问题：问题一：在收购日，或有对价是否触发一个应税交易；问题二：如果存在或有对价时，什么时候财产交换的收益或损失将被确认。

对于上述问题，美国税法主要采用如下四种通常适用的方法对交易进行所得税税务处理：

方法一：“关闭交易”法（“closed transaction” approach）。在该方法下，尽管交易中存在或有对价，但交易当事人（纳税人）视交易已经完成；

方法二：“开放交易”法（“Open transaction” approach）。在该方法下，交易的出售方在财产的计税基础被全部回收时确认收益；

方法三：“分期销售”法（“Installment sales” approach）。在该方法下，就像出售方在其出售中收到对价一样，按照分期销售比例确认收益。

方法四：自行提出合理方法。在该方法下，如果纳税人认为前述的方法对于资产的计税基础的回收并不合理，并且存在更合理的替代方法的话，纳税人可以向税务机关提出申请并经批准后实施。

1. “关闭交易”法

在该方法下，IRC 第 1001 条[①]下财产出售已实现金额（amount realized）[②]等于收购方支付的所有对价的公允价值（包含在收购日预估的或有对价部分的公允价值），并且在后续期间内不得确认任何财产出售所得或损失，但如果未来事件导致出售日预估的或有对价公允价值与清结或有协议的价格不一致的，出售方将确认额外的所得或损失。同时，出售方应在出售日所在纳税年度扣减其出售财产的计税基础。简单地讲，关闭交易法就是在交易日视为整个交易已经完成或交易已经“关闭”，在当期对或有对价部分的公允价值进行预估并计入交易对价总额的一部分，计算在当期已经实现并确认的所得或损失，并根据在或有协议清结日最终清结价格的差异进行补充确认的方法。

2. “开放交易”法

在美国税法历史上，IRS 宁愿采用上述的关闭交易法来对或有对价进行税务处理，因为在该方法下，出售方并不会递延确认所得。然而，美国普通法实践告诉我们，当基于预估或预判，或有对价的最终实现具有高度不确定性时，法院的判决已经有选择性地允许采用开放交易法来进行处理。在开放交易法下，出售方仅在其出售资产的计税基础已经全部回收后才确认资产的出售所得，并且仅当未来的事件终结了或有事件或者或有对价协议清结（即，最终的交易价格已经确定）时，视为交易已经完成。因此，开放交易法实质是一种对全部或部分已实现收益的递延纳税方法。

3. “分期销售”法

为应对纳税人和 IRS 在开放交易法和关闭交易法之间的大量的争议或诉讼，美国国会和财政部在 IRC 第 453 条以及《联邦财政规章》第 15A. 453 – 1（c）条款中作出了明确规定，当对于交易价格包含或有对价时采用关闭或开放的方法两难时，纳税人应采用分期销售的方法。需要注意的是，该规则并不适用于所有的情形，特别是在存货的出售以及在公开证券市场上交易的股票或证券的出售时更是如此。在分期销售法下，纳税人在当期应确认的所得额的公式如下：

---

① 26 USC § 1001 – Determination of amount of and recognition of gain or loss.

② 已实现金额系指财产出售中，出售方已经实现财产的增值部分，等于接收的现金和其他非现金财产的公允价值之和。

纳税人在当期应确认的所得额＝交易总体已实现的金额（包含在收购日预估的或有对价部分的公允价值）×当期已收到的现金额/交易总对价（包含在收购日预估的或有对价部分的公允价值）[①]

同时，在该方法下，出售资产的计税基础的回收并不是一次性的，而是以与前述分期确认配比原则相适用的比例予以回收。

4．自行提出合理方法

由于采用关闭交易法或者分期销售法本质上属于一般性税务处理，如果纳税人认为这些规则确立的资产的计税基础的回收方法不合理，且存在更合理的方法，纳税人可以向税务机关提出申请，提出更合理的替代回收方法，经税务机关准许后，可按自行提出的合理方法进行处理。

下面，让我们以一个例子来对上述方法进行说明：

【例41－7】美国税法下，或有对价的所得税税务处理方法比较

假定，A公司持有T公司100%股权，其股权的计税基础为＄90000。2013年1月1日，A公司将其持有的100%T股权对外出售，对价包含如下两个部分：（1）出售当期取得＄100000；以及（2）2014年1月1日取得一笔或有对价，其金额依据T公司的未来业绩表现确定。即，该笔或有对价等于T公司2013年经营现金流量的1/4。在出售日，该笔或有对价为＄50000（即预计的2013年经营现金流量＄20000的1/4）。但是根据历史上的数据的评估，该笔或有对价可能会比预估的价值高出或低出＄10000元。

问题：如何在“关闭交易”法、“开放交易”法以及“分期销售”法下确认收益或损失？

【解析】在“关闭交易”法等三种方法下确认收益或损失如下表：

	关闭交易法	开放交易法	分期销售法
已实现金额	150000（100000＋50000）	待定	150000（100000＋50000）
标的资产计税基础	90000	90000	90000
实现收益	60000	2014年1月1日确定	60000、70000或50000

① 26 USC § 453（c）.

续 表

2013 年 1 月 1 日确认收益	60000	10000（100000 －90000）	40000［100000 ×（60000/150000）］[①]
如果付款 50000，则 2014 年 1 月 1 日确认收益	0（50000－50000）	50000	20000［50000 ×（60000/150000）］
如果付款 60000，则 2014 年 1 月 1 日确认收益	10000（60000 －50000）	60000	30000｛［（100000＋60000）－90000］－40000｝
如果付款 40000，则 2014 年 1 月 1 日确认收益	－10000（40000 －50000）	40000	10000｛［（100000＋40000）－90000］－40000｝

注：①分期销售法系一种一般性税务处理方法。即，按照当期已经实现并确认的收益金额等于总体已实现金额乘以当期收到的现金对价与总对价（含或有对价）之间的比例。

需要注意的是，在关闭交易法和分期销售法下，交易各方必须评估总销售价格。但我们知道，这在涉及或有对价的并购中是非常困难的，有时也是极不科学的，而开放交易法则避免了这个问题（显然，在这个问题上，税务采用的思维与会计准则的思维并不完全一致）。因为，在开放交易法下，在出售方收回其出售资产计税基础之前一直递延确认所得，损失则仅在未来收回没有可能性后才可扣减。

在美国税法中，《联邦财政规章》第 15A. 453－1（c）条款[①]建立了分期销售法下涉及或有对价时，销售所得使用的合同价格的确定规则。该规则考虑了两个方面的因素的影响。一是，或有对价协议是否规定了最大的支付金额（下称“最大对价限额”）；二是，如果或有对价协议没有规定最大对价限额，则是否规定了一个明确的支付期限（下称“固定支付期限”）。在这两个因素下，可以将涉及或有对价的交易划分为如下三种情形：确定的最大支付限额及未知的支付期限、无最大支付限额但有固定支付期限和既无最大支付限额也无固定支付期限。笔者分别介绍如下：

① 26 CFR § 15A. 453－1（c）：Contingent payment sales.

（1）确定的最大支付限额以及未知的支付期间

《联邦财政规章》第15A. 453－1（c）（2）条款规定了确定的最大支付限额但并无明确支付期限的情形。其一般规则是，如果纳税人收到的出售所得的最大金额在交易发生的纳税年度结束时能够被确定的话，则包含或有对价的财产出售将被视为具有一个协议所规定的最大出售价格。协议所规定的最大出售价格应假定为在协议规定的最早的日期以及最大化出售价格的原则下，以协议项下预期可以接收的支付对价来确定。一般地，最大支付限额就是协议中规定的最大限额。如果最大支付限额在后续因某些事件的发生而予以调减的话，则纳税人应在该事件发生或者在收到相关价款的纳税年度重新予以调整计算。当然如果出售方最终并未收到最大的支付对价的话，则该方法将夸大了纳税人前期确认的所得。

【例41－8】[①] 美国税法分期销售法下，最大出售价格以及所得比例的确定

例1：A将其持有的X公司的股票出售给B，交易对价为交割日支付＄100,000，加上交割日后9年每年净利润的5%，并且每年按照规定的利率计算利息并与或有对价一并支付。出售协议规定，A可以收到的最大价款为＄2,000,000（含预付的＄100,000，但不包括利率）。A持有的X股票计税基础为＄200,000（包含出售费用）。

在分期销售法下，最大出售价格和协议价格被视为＄2,000,000。总所得为＄1,800,000，总所得比例为9/10（＄1,800,000/＄2,000,000）。因此，在A收到交易对价＄100,000的当期，应确认＄90,000的所得以及＄10,000的计税基础的回收。

例2：C拥有Blackacre（Blackacre负担有一个＄100,000的长期按揭）。在1981年1月15日，C将Blackacre出售给D。出售协议约定如下：

1. 在交割日，D支付＄100,000现金；

2. 从1982年1月15日开始，以后9年每年分期等额支付＄100,000；以及，

3. 从1982年3月30日支付第一次开始，以后9年每年分期支付Blackacre在以前公历年度产生的年租金总额的5%；

4. 每次递延支付应按每年应支付额的12%计算利息并一并支付；

5. 协议项下最大支付限额为＄2,100,000；

6. D承担Blackacre的长期按揭＄100,000。

---

① See 26 CFR § 15A. 453－1（c）（2）：example 1、2.

同时，C 在 Blackacre 上的计税基础为＄300, 000（包含出售费用）。

在分期销售法下，最大出售价格为＄2, 100, 000，协议价格为＄2, 000, 000（＄2, 100, 000 － ＄100, 000）。总所得为＄1, 800, 000，总所得比例为 9/10（＄1, 800, 000/＄2, 000, 000）。因此，在 A 收到交易对价＄100, 000 的 1981 年，应确认＄90, 000 的所得以及＄10, 000 的计税基础的回收。

（2）无最大支付限额但有固定支付期限

《联邦财政条例》第 15A. 453－1（c）（3）条款规定了无最大支付限额但有固定支付期限的情形。其规定，如果在交易协议中并没有明确规定最大支付限额或者在交易发生的纳税年度结束时，出售价格不能够予以确定，但是或有对价支付的最大期限已经规定，则纳税人出售资产的计税基础（包括出售费用）应在或有对价可能被支付的纳税年度内按照等比例分配。

需要注意的是，在此方法下，出售方通常不能确认损失，在最终分期到期前，即使在最终期限之前的一个期间没有任何对价支付，或者支付对价金额小于对该期间分配的计税基础亦是如此。此时，计税基础超过支付对价金额的部分应递延增加到下一期间或后续期间计税基础中用于计算下一分期或后续分期的所得。

【例 41－9】[①] 美国税法分期销售法下，无最大支付限额但有固定支付期限的适用

例 1：A 出售 Blackacre 给 B，交易对价为交割日后 5 年每年 Blackacre 总收入的 10%。A 在 Blackacre 上的计税基础为＄5, 000, 000。在本交易中，由于交易价格是不确定的，并且分期销售法规则下的最大出售价格从合同条款中也无法确定，出售资产的计税基础应该在对价支付的期间内分期按比例回收。因此，假定 A 接收对价（不含利息）如下表，则 A 将确认的所得如下：

年度	支付额	回收计税基础	确认所得
1	＄1, 300, 000	＄1, 000, 000	＄300, 000
2	1, 500, 000	1, 000, 000	500, 000
3	1, 400, 000	1, 000, 000	400, 000
4	1, 800, 000	1, 000, 000	800, 000
5	2, 100, 000	1, 000, 000	1, 100, 000

① See 26 CFR § 15A. 453－1（c）（3）：example 1、2. 笔者进行了增补。

例2：基本事实同例1，除了在第1年支付额为＄900,000外。因此，在该年支付额小于该年度的计税基础的回收额，但未回收的计税基础额不得确认损失，应递延到第2年度。计算如下：

年度	支付额	回收计税基础	确认所得
1	＄900,000	＄900,000	——
2	1,500,000	1,100,000	＄400,000
3	1,400,000	1,000,000	400,000
4	1,800,000	1,000,000	800,000
5	2,100,000	1,000,000	1,100,000

假定，第1年仅支付了＄400,000，该年回收＄400,000的计税基础，第1年度剩余的＄600,000结转到第2年回收，在第2年度也只能回收＄500,000，剩余＄100,000到第3年度才能回收完毕，无论如何计税基础总额都会回收完毕，改变的只是每年确定的回收金额和确认的所得而已。

（3）既无最大支付限额也无固定支付期限

其实，我们在【例41－7】中已经展示了在分期销售法下，或有对价金额不存在最大支付限额以及支付期限并不固定的情形。《联邦财政规章》第15A.453－1（c）（4）条款规定了既无最大支付限额也无固定支付期限的情形。其规定，如果协议既没有明确最大出售价格，也没有明确一个固定支付期限的话，此时，需要明确的问题是，出售交易是否已经真实发生，或者在经济实质上，协议项下收到的支付是否属于租金或特许经营性质的所得。诸如此类的协议，在国税局看来应该严格审查。如果，在考虑所有的适当的事实和情形（包括财产的性质）下，该协议被定性为一个出售，则资产的计税基础（包括出售费用）应按不低于从出售日开始的15年期限内每年等比例分摊回收。然而，如果在任何纳税年度，出售方未收到任何支付或收到的支付金额（不含利息）小于分配给该年度的计税基础的话，在协议下的未来支付义务已经变得无价值；事实是，计税基础的超出部分将在15年期间的剩余期间内进行重新分配。

需要注意的是，如果出售方能够向IRS证明按照分期销售法确认总所得的合同基础并不存在，则出售方可以选择跳出第453条规则并适用开放交易法。当然，在这种情形下，IRS将严格审查该交易是否恰当地使用开放法去确认总所得。

【例41－10】美国税法分期销售法下，既无最大支付限额也无固定支付期限情形下的适用

假定，A 持有 100% 的 T 公司股权，其在 T 股权上的计税基础为 \$90,000。在 2014 年 1 月 1 日，A 将该等 T 股权全部出售给 B，对价是在交易日获得现金 \$100,000，以及当 T 公司每年净营业收入超过 \$200,000 时，该年净营业收入的 1/4。A 预期未来可以获得的支付总额至少为 \$50,000。

由于出售协议既没有规定最大支付限额，也没有规定固定的支付期限，因此，A 可以考虑采用开放交易法来进行税务处理，并保持该交易一直到他收回其出售资产的计税基础或未来事件消除其不确定性时（两者更早时）。但是，需要注意的是，如果国税局认为交易属于一个真实的出售交易时，才可以按照分期销售法进行处理。假定，按照 15 年进行回收计税基础，则每年可回收 \$6,000，因此，在交易日所在纳税年度，A 应当确认股权转让所得 \$94,000（\$100,000 – \$6,000）。

综上所述，美国税法对于或有对价协议分情况可以适用“关闭交易法”、“开放交易法”、“分期销售法”等方法，其中“关闭交易法”与 U. S. ASC 以及 IFRS 的会计处理基本保持一致，而“开放交易法”则基本属于“成本计税基础回收法”的范畴，“分期销售法”属于按照资本所得与总合同价格的比例进行分配的计算方法。

同时，还需要注意的是，上述有关或有对价的讨论仅仅局限在收购方或购买方以现金或其他非股权（份）资产作为对价来进行支付的情形，并没有涉及以股权（份）、股票作为对价来收购，因为此时，交易可能构成 IRC 第 368 条所规定的可以享受递延纳税待遇的重组，有关此时的额外的要求，我们将在本专题第四部分集中来进行讨论。

（二）澳大利亚有关或有对价协议的所得税处理

应该讲，澳大利亚的会计准则和税务处理基本沿袭了英国的做法。澳大利亚税法对或有对价协议征收的资本利得税（capital gains tax，“CGT”）规定集中在《1997 年所得税评估法》（Income Tax Assessment Act 1997，“ITAA 1997”）的第 3 – 1、3 – 3 部分。[①]

1. ITAA 1997 税法规则对或有对价协议的规定

在 ITAA 1997 下，针对标准或有对价协议的有关税收规则，笔者按照出售

---

① See ITAA 1997，CHAPTER 3 – SPECIALIST LIABILITY RULES，PART 3 – 1 – CAPITAL GAINS AND LOSSES：GENERAL TOPICS&PART 3 – 3 – CAPITAL GAINS AND LOSSES：SPECIAL TOPICS.

方和购买方总结如下表 41－3：

表 41－3：澳大利亚对“或有对价”的税法规则

类型	时点	出售方	购买方
标准（正向）或有对价协议	交易日初始计量	确定标的资产的价值时不能忽略或有对价权利，标的资产的价值应包括初始价款（不论是现金或其他财产）和或有对价权利的预估公允价值（作为金融资产的成本计税基础）。此时，出售方拥有或有对价权利。当期确认的资本利得等于标的资产的价值与其计税基础之差。	购买方将按照初始价款和或有对价权利预估的公允价值之和确认收购的标的资产的成本计税基础。
	后续计量	出售方在后续的每个清结期间的期末，按照实际收到的价款与该期间平均分摊的或有对价权利的成本计税基础比较计算资本利得，但资本利亏不得向后结转利用。	不得根据后期支付的确定的价款而调整取得标的资产的计税基础。
反向或有对价协议	交易日初始计量	出售方从购买方取得的总价款的一部分作为出售方出售标的资产的价款，剩余部分则作为反向或有对价权利的对应价款（作为金融负债的成本计税基础）。	购买方拥有反向或有对价权利。购买方按照支付的总价款确认收购的标的资产的成本计税基础。
	后续计量	出售方在后续的每个清结期间的期末，按照实际返还的价款与该期间平均分摊的反向或有对价权利的成本计税基础比较计算资本利得。	不得根据后期实际收取的返还价款调整取得标的资产的计税基础。

下面，让我们以一个正向或有对价协议的税务处理例子来进对 ITAA 1997 有关或有对价的税法规则进行说明：

【例 41－11】 ITAA 1997 下，正向或有对价协议的税务处理

假定，A 公司持有 100% 的 T 公司股权，其在 T 股权上的计税基础为 $700,000。A 公司计划将该等股权出售给 B 公司。交易双方一致认为标的资产价值至少为 $800,000，但如果 T 公司业务的主要客户能够继续保持的话，则估值可能是 $1,000,000 或更多。鉴于对标的资产估值的不确定性，双方同意达成一个或有对价协议，该协议条款如下：

（1）B 公司在收购日一次性支付 $800,000；

（2）B 公司同意，在收购日后的 3 年，支付 T 公司每年收入超过 $500,000 部分的 50%，但不得超过 $200,000/年。

双方对该或有对价权利预估的市场公允价值为 $300,000。假定，T 公司在

收购日后 3 年的收入分别是＄700, 000、＄800, 000 和＄700, 000。

【解析】1. A 公司的税务处理

（1）在 ITAA 1997 下，A 公司出售标的资产的总资本收入为＄1, 100, 000（＄800, 000 + ＄300, 000），其计税基础为＄700, 000，则当期应确认＄400, 000（＄1, 100, 000 − ＄700, 000）。收购方取得的标的资产的成本计税基础为＄1, 100, 000。

（2）A 公司在收购日后每年收入都超过＄500, 000，因此，将分别收到 B 公司支付的价款＄100, 000、＄150, 000 和＄100, 000。这些支付价款将被视为 A 公司拥有的或有对价权利变现的资本利得或损失。为简化处理，假定 A 公司每年年末评估的三个独立的或有对价权利的公允价值皆为＄100, 000（则其分摊到每年的成本计税基础为＄100, 000）。则：

第 1 年：资本利得或损失 = ＄100, 000 − ＄100, 000 = ＄0；

第 2 年：资本利得或损失 = ＄150, 000 − ＄100, 000 = ＄50, 000；

第 3 年：资本利得或损失 = ＄100, 000 − ＄100, 000 = ＄0。

2. B 公司的税务处理

收购方取得的标的资产的成本计税基础为＄1, 100, 000（＄800, 000 + ＄300, 000）。在后续 3 年，尽管 B 公司已经实际支付了＄1, 150, 000（＄800, 000 + ＄100, 000 + ＄150, 000 + ＄100, 000），但在独立确认或有对价权利资产法下，B 公司并不能将额外支付的＄50, 000（＄350, 000 − ＄300, 000）包含在标的资产的成本计税基础中。

在上述【例 41 − 11】中，假定，在第 3 年 B 公司的业绩未达标，该年收入仅为＄400, 000。那么，出售方 A 公司在第 3 年将不能接收任何对价支付并因此确认资本利亏＄100, 000（＄0 − ＄100, 000）。但是，出售方 A 公司并不能向后结转利用该损失以冲减出售初始资产实现的资本利得＄400, 000 或者第 2 年实现的资本利得＄50, 000。

我们可以发现，ITAA 1997 对或有对价协议的税务处理实质是在交易日的独立资产法（即不得忽略或忽视或有对价权利资产，并将它予以独立确认）。该法实质与美国 IRC 下的“关闭交易法”的处理是一致的。即是说，澳大利亚税法目前采用的处理方法只是类似于美国的“关闭交易法”，而没有美国的“开放交易法”或“分期销售法”。显然，其税法规则在处理后续资本利得确认上并不允许收购方调整其取得标的资产的计税基础显得并不合理。

2. TR2007/D10《建议规则》对或有对价协议的处理建议

鉴于前述原因，在2010年5月10日，澳大利亚副财长宣布，政府发布了针对或有对价协议资本利得税的《税收规则草案》[1]（下称“《建议规则》”），计划将对合格的或有对价协议提供“透视”待遇（“look－through” treatment）[2]（下称“透视法”）。

概括地讲，《建议规则》将标准或有对价协议下的额外支付视为出售方从出售初始标的资产而获得的资本收入，并且计入收购方取得标的资产的成本计税基础中。在反向或有对价协议中，《建议规则》将出售方的返还支付视为初始标的资产出售取得的资本收入的部分返还。

“透视法”的基本规则是在交易日或收购日，交易各方忽略或有对价权利或“透视”该权利，并视所有的价款支付与初始标的资产的出售（或购买）相关联。《建议规则》对标准或有协议和反向或有协议采取不同的处理方法。对于前者，采取“成本回收法”（“cost recovery method”）。即，购买方支付的价款被视为与初始标的资产的出售或购买相关联并在它们变得应被支付（或有权收取）时予以确认。对于后者，采取“返还法”（“repaid method”）。该方法是在ITAA 1997现有的返还和扣除规则上进行了扩展。

（1）标准或有对价协议——成本回收法

在成本回收法下，出售方在他们应收的支付价款（包括初始资本收入和后续支付价款）变得确定时，首先冲减其出售资产的成本计税基础。在成本计税基础减少到零（或者说被完全回收）之后，出售方对所有的未来支付金额确认为资本利得。该方法确保了出售方标的资产的资本收入反映了其实际收到的总支付金额。任何资本利得都被视为标的资产的出售而确认。对于购买方，所有支付价款被包含在取得的标的资产的成本计税基础中。该方法确保了购买方取得标的资产的成本计税基础反映了其为该资产而真实支付的成本。

下面的【例41－12】使用与【例41－11】同样的事实，除了适用新的《建议规则》之外。在【例41－12】中，我们会发现，出售方可以将最终的资本利得归属到其初始资产中。此外，收购方的成本计税基础真实地反映了他们收购资产所支付的金额。

---

① See Draft Taxation Ruling TR 2007/D10—Income tax：capital gains：capital gains tax consequences of earn－out arrangements.

② 笔者注：截至目前，该税收规则尚未获得英国女王的御批并生效实施。

【例 41 – 12】成本回收法——整体资本利得

或有对价协议的条款以及 T 公司的业绩与【例 41 – 11】相同。

【解析】1. A 公司的税务处理

有关成本计税基础的回收如下表：

	成本计税基础	资本收入	调整后计税基础	资本利得/利亏
收购年度	$ 1, 000, 000	$ 800, 000	$ 200, 000	$ 0
第 1 年	$ 200, 000	$ 100, 000	$ 100, 000	$ 0
第 2 年	$ 100, 000	$ 150, 000	$ 0	$ 50, 000
第 3 年	$ 0	$ 100, 000	$ 0	$ 100, 000
合计	$ 1, 000, 000	$ 1, 150, 000		$ 150, 000

A 公司的资本收入为 $ 1, 150, 000，其总体的资本利得为 $ 150, 000，分别由两个独立的资本利得 $ 50, 000（第 2 年资本利得）和 $ 100, 000（第 3 年资本利得）构成。

2. B 公司的税务处理

有关成本计税基础的计算如下表：

年度	当年增加的成本计税基础	标的资产的成本计税基础
收购年度	$ 800, 000	$ 800, 000
第 1 年	$ 100, 000	$ 900, 000
第 2 年	$ 150, 000	$ 1, 050, 000
第 3 年	$ 100, 000	$ 1, 150, 000

在适用成本回收法后，收购方取得标的资产的成本计税基础为 $ 1, 150, 000。

事实上，在成本回收法下，如果出售方获得了一个总体资本利得时（参见【例 41 – 12】），出售方实际获得了递延确认资本利得待遇。同时，成本回收法还意味着出售方不能在或有对价协议清结之前确认任何的资本利亏（参见【例 41 – 13】）。

【例 41 – 13】成本回收法——整体资本利亏

或有对价协议的条款与【例 41 – 11】相同。但 T 公司的业绩并不相同，B 公司后续 3 年的支付分别为 $ 0，$ 50, 000 和 $ 100, 000。

【解析】1. A 公司的税务处理

有关成本计税基础的回收如下表：

	成本计税基础	资本收入	调整后计税基础	资本利得/利亏
收购年度	$1,000,000	$800,000	$200,000	$0
第1年	$200,000	$0	$200,000	$0
第2年	$200,000	$50,000	$150,000	$0
第3年	$150,000	$100,000	$50,000	-$50,000
合计	$1,000,000	$950,000		-$50,000

总体上，出售方在协议结束时，确认了一个总体的资本利亏$50,000。

2. B公司的税务处理

有关成本计税基础的计算如下表：

年度	当年增加的成本计税基础	标的资产的成本计税基础
收购年度	$800,000	$800,000
第1年	$0	$800,000
第2年	$50,000	$850,000
第3年	$100,000	$950,000

在适用成本回收法后，收购方取得的标的资产的成本计税基础为$950,000。

我们可以发现，《建议规则》下对正向或有对价协议的“成本回收法”实质与美国税法中的“开放交易法”的处理一致。

（2）反向或有对价协议——返还法

对于反向或有对价协议，出售方对收购方的后续支付将实际上被视为一个初始对价的部分返还。即是说，允许出售方在他们取得的总资本收入中减除或有对价返还部分。这相当于出售方在协议下返还价款成为现实义务或实际返还价款时，允许他们去调整资本利得的计算。同时，对于收购方而言，当他们有权获得或实际取得返还价款时，允许他们冲减其取得标的资产的成本计税基础。让我们以如下例子来进行说明：

【例41-14】 返还法——整体资本利亏

假定，A公司持有100%的T公司股权，其在T股权上的计税基础为$1,700,000。A公司计划将该等股权出售给B公司。交易双方一致认为标的资产价值至少为$1,700,000，但如果T公司的主要产品能够畅销的话，则估值可

能是＄2,000,000或更多。鉴于对标的资产估值的不确定性，双方同意达成一个或有对价协议，该协议条款如下：

（1）B公司在收购日一次性支付＄2,000,000；

（2）A公司同意，在收购日后的3年，如果T公司每年收入少于＄250,000的话，A公司将支付差额部分的50%给B公司。

假定，T公司在收购日后3年的收入分别是＄20,000、＄40,000和＄60,000。因此，A公司将分别支付＄115,000、＄105,000和＄95,000。

【解析】1. A公司的税务处理

有关成本计税基础的回收如下表：

	支付/返还金额	资本收入	调整后计税基础	资本利得/利亏
收购年度	＄2,000,000	＄2,000,000	＄1,700,000	＄300,000
第1年	-＄115,000	调整为＄1,885,000	＄1,700,000	调整为＄185,000
第2年	-＄105,000	调整为＄1,780,000	＄1,700,000	调整为＄80,000
第3年	-＄95,000	调整为＄1,685,000	＄1,700,000	调整为-＄15,000
合计	＄1,685,000	＄950,000	——	-＄15,000

A公司必须在其有义务支付或实际支付的每个年度结束时，调整其纳税申报（在本例中，指在第1年年末、第2年年末和第3年年末）。在第3年末，A公司将其最初的总资本收入调减到＄1,685,000，并总体确认资本利亏＄15,000。

2. B公司的税务处理

有关成本计税基础的计算如下表：

年度	支付/返还金额	标的资产的成本计税基础
收购年度	＄2,000,000	＄2,000,000
第1年	-＄115,000	＄1,885,000
第2年	-＄105,000	＄1,780,000
第3年	-＄95,000	＄1,685,000

在适用返还法后，当A公司作出返还时，B公司取得的标的资产的成本计税基础将进行相应的扣减。因此，最终标的资产的成本计税基础为＄1,685,000。

在上述【例41-14】的基础上，假定在最后年度，A公司返还了＄50,000，则不同之处在于，一个资本利得将在第3年末确认而不是一个资本利亏。这意

味着，在第 3 年末，A 公司将最终确认 $30,000 的资本利得。

（3）混合或有对价协议——成本回收法和返还法

在实践中，一个并购协议中也可能同时包含标准和反向或有对价条款。那么，《建议规则》如何处理这种情况呢？概括地讲，对于出售方，当他们接收标准或有对价条款下的支付价款时，成本回收法将适用冲减他们的成本计税基础；当他们在反向或有对价条款下返还价款给收购方时，返还法将适用于减少他们的资本收入。对于收购方，当他们在标准或有对价条款下支付价款时，成本回收法将适用于增加资产的成本计税基础；当他们在反向或有对价协议下接收返还价款时，扣除规则将适用于减少资产的成本计税基础。让我们以下例来进行说明：

【例 41－15】 成本回收法和返还法的混合适用——整体资本利得

假定，A 公司持有 100% 的 T 公司股权，其在 T 股权上的计税基础为 $4,500,000。A 公司计划将该等股权出售给 B 公司。交易双方一致认为标的资产价值至少为 $4,000,000，但如果 T 公司的主要产品十分畅销的话，则估值可能达到 $6,000,000。鉴于对标的资产估值的不确定性，双方同意达成一个或有对价协议，该协议条款如下：

（1）B 公司在收购日一次性支付 $5,000,000；

（2）B 公司同意，在收购日后的 4 年，支付 T 公司每年收入超过 $600,000 部分的 50%；

（3）A 公司同意，在收购日后的 4 年，如果 T 公司每年收入少于 $400,000 的话，A 公司将支付差额部分的 50% 给 B 公司。

假定，T 公司在收购日后 4 年的收入分别是 $280,000、$450,000、$640,000 和 $740,000。因此，B 公司将在第 1 年接收返还 $60,000，A 公司将在第 3 年和第 4 年分别接收 $20,000 和 $70,000。在第 2 年，A 公司和 B 公司都不存在支付义务。

【解析】 1. A 公司的税务处理

有关成本计税基础的回收如下表：

	支付/返还金额	成本计税基础	资本收入	调整后计税基础	资本利得/利亏
收购年度	$5,000,000	$4,500,000	$5,000,000	$0	$500,000
第 1 年	－$60,000	$0	调整为 $4,940,000	$0	调整为 $440,000
第 2 年	$0	$0	$0	$0	$0

续 表

第 3 年	$20,000	$0	$20,000	$0	$20,000
第 4 年	$70,000	$0	$70,000	$0	$70,000
合计	$5,030,000	$ 4,500,000	$5,030,000	——	$530,000

在适用混合法时，A 公司在出售 T 股权中总体获得了 $530,000 的资本利得，并且 A 公司仅在其返还价款给 B 公司时才调整纳税申报。当其接收价款时，则直接申报一个资本利得。

2. B 公司的税务处理

有关成本计税基础的计算如下表：

年度	支付金额	扣除金额	标的资产的成本计税基础
收购年度	$5,000,000	$0	$5,000,000
第 1 年	$0	$60,000	$4,940,000
第 2 年	$0	$0	$4,940,000
第 3 年	$20,000	$0	$4,960,000
第 4 年	$70,000	$0	$5,030,000

在适用混合法时，收购方在标的资产上的成本计税基础增加到 $5,030,000。

综上所述，澳大利亚目前对或有对价协议的所得税处理规则仅仅类似于美国税法中的“关闭交易法”，但其《建议规则》则采取了与美国税法中的“开放交易法”的处理思路，当然其规则里面并没有美国税法中复杂的“分期销售法”。

四、我国税法有关对赌协议的所得税税务处理实践及建议

应该讲，我国税法关于对赌协议（不论是正向或反向对赌）的所得税税务处理基本属于“空白”。究其原因可能在于，我国法律并没有明确对赌协议的合法性，尽管在司法实践中，已经出现了包括最高院在内的有限度地承认了增资型对赌协议的部分对赌具有合法性的司法判决。[①]

① 笔者注：苏州工业园区海富投资有限公司诉甘肃世恒有色资源再利用有限公司案（中华人民共和国最高人民法院民事判决书（2012）民提字第 11 号）。在该案中，最高院认可了增资方与目标公司股东之间的对赌，但基于不得损害公司及其债权人的利益而否定了增资人与目标公司之间的对赌的合法性。

（一）增资型对赌的实践及建议

在增资型对赌的所得税税务处理实践中，存在诸多的处理观点。主要包括下表 41－4 所列示的几种：

表 41－4：增资型对赌协议所得税税务处理观点

观点	观点内容	简要评述
捐赠说	该观点认为，目标公司原股东对增资方作出的补偿属于非公益性捐赠，原股东不得税前扣除，增资方作为接受捐赠所得，计入应纳税所得额，当期纳税。	该观点忽视了对增资协议中的或有对价条款属于增资并购交易不可分割的一部分的基本事实，对增资对赌属于交易各方对目标公司估值不确定性的价格调整机制的实质认识不清，不能简单地认定为捐赠，因为交易中存在真实的对价，只不过属于附条件的价格调整条款。
期权说	该观点认为，增资方与目标公司原股东之间的对赌实质是一份欧式看跌期权。目标公司原股东出售了一份场外看跌期权，增资方则购买了该期权并按其公允价值进行确认和计量。原股东支付补偿款时，应确认投资损失，可在税前扣除；增资方取得补偿款时，应确认投资收益，在当期纳税。	该观点站在金融学的视角，将对赌协议视为衍生金融工具进行会计处理，并借鉴到税务处理中。尽管理论上如此，但鉴于期权估价带有极大的不确定性，与税法的确定性原则相冲突，至少在对期权估值变得可行且明晰、确定之前，并不具有更多的实际可操作性。
价格调整说	该观点认为，增资协议中的对赌条款属于对增资额以及股权比例的价格调整，或者说对目标公司估值的调整。存在两种处理方法：一是，目标公司原股东以名义价格转让股权给增资方；二是，原股东以自身现金补偿给增资方。如果是前者，则原股东和增资方并不需要调整股权计税基础，亦不确认所得；如果是后者，则原股东调增现有股权的计税基础，增资方调减其股权的计税基础。	该观点认为，对赌补偿的支付属于增资协议不可分割的一部分，原股东以名义价格转让股权的行为属于对目标公司估值的调整，使其恢复到其真实价值的水平，调整后的股权结构本就应是增资时应取得的股权比例，不应视为应税事件，原股东和增资方皆不需要调整其股权的计税基础；如果是原股东支付现金补偿，则视为增资方以冲减后的成本取得了现有的股权结构，视为投资成本的回收。

笔者认同“价格调整”说。理由在于如下几点：

第一，基于公司法和合同法的原理、规定及实践，对赌条款属于合同不可分割的一部分，不能人为地视为补偿的支付属于“无偿赠与”，亦不能将其分割

开来视为合同的变更协议或者补充协议[①]；

第二，基于对赌协议或条款产生的根本的商业实质在于并购双方对目标公司估值的差异而产生的估值调整机制，恢复其估值的“本来面目”应视为整体交易的一部分处理，补偿价款视为目标公司原股东对其投资成本的追加以及增资方投资成本的收回是回归对目标公司价值的真实确定的体现；

第三，期权说从理论上具有价值，但实践中最大的问题在于，期权估值模式很难在实践中运用，并且估值结果并不一定科学，这给征税带来了极大的不确定性，即使在英美等国家也从最初固守的“关闭交易法”或“独立资产法”作出了调整，允许“开放交易法”和“分期销售法”的合理存在，并且逐步成为主流；

第四，价格调整说无论是从会计处理或是税务处理具有简单明了的特点，也便于税务机关进行征管，节约税法遵从成本。

从价格调整说来看，其实质与美国的“开放交易法”或者澳大利亚的“成本回收法”、“返还法”是一样的。具体而言如下：

（1）如果采用原股东支付现金补偿方式，相同之处在于，对于增资方而言，其后续对赌期间收取的对价返还，应冲减其接收的目标公司股权的成本计税基础。不同之处在于，在增资对赌中，目标公司的原股东并没有出售任何资产，其享受了本不应享有的股权资产，其支付的返还价款应视为取得本不应享有的股权资产的投资成本，因此调增其现有股权的计税基础；

（2）如果采用原股东以名义价格转让股权方式（名义价格基本是 1 元，在讨论问题时忽略不计），由于原股东转让的是本应由增资方享有的股权资产，转让后其持有的股权资产的价值对应于其原本应享有的价值，并没有增加或减少，其原股权的投资成本（计税基础）亦不应作出相应调整；对于增资方而言，由于投入了增资额，其本应享有原股东补偿转让的股权资产部分，增资方并没有收取增资额对应价值之外的股权，亦不应调整其接收股权资产后的计税基础，即以增资时的投资成本确定。

值得肯定的是，实践中，部分地方税务机关在实际案例中已经采用上述的价格调整说（或者是“冲减计税基础”说）来进行个案处理了。譬如，2014 年 5 月 5 日，海南地税局以《海南省地方税务局关于对赌协议利润补偿企业所得税

---

① 笔者注：需要注意的是，实践中，有学者提出这属于“合同变更”。笔者并不认同该观点。理由在于，价格调整条款本身就是合同的一部分，不存在合同变更的说法，仅仅是条件成就时履行合同条款而已，称为“价格变更”是合理的，或者是合同仅仅确立了一个价格调整机制。

相关问题的复函》（琼地税函［2014］198 号，以下简称“琼地 198 号文”）以个案批复的方式明确“海南航空”（600221）股权收购案中对赌协议利润补偿企业所得税的税务处理问题（当然这是一个收购型的对赌，但原理是一致的）。这是迄今为止笔者看到的第一个公开明确对赌协议税务处理的税务文件。琼地 198 号文全文如下：

“海南航空股份有限公司：

你公司《关于对赌协议利润补偿企业所得税相关问题的请示》（琼航财〔2014〕237 号）收悉，经研究，现答复如下：

依据《中华人民共和国企业所得税法》及《中华人民共和国企业所得税法实施条例》关于投资资产的相关规定，你公司在该对赌协议中取得的利润补偿可以视为对最初受让股权的定价调整，即收到利润补偿当年调整相应长期股权投资的初始投资成本。

特此函复。

海南省地方税务局

2014 年 5 月 5 日”

光看该函复，我们并不能很清楚该批复是针对什么样的对赌协议在进行税务处理。下面，笔者以公开披露的资料为基础来对该案对赌协议税务处理展开进一步的讨论。

【例 41－16】 海南航空（600221）股权收购对赌协议——“冲减计税基础”说的适用

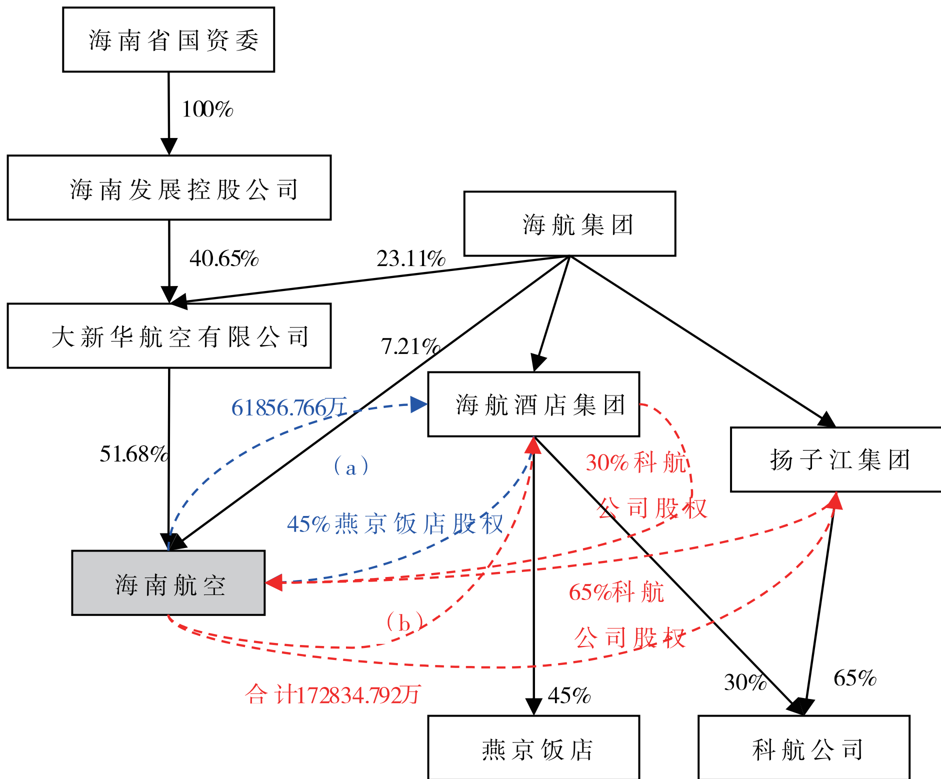
背景介绍：

一、关联交易概述

海南航空股份有限公司（下称“海南航空”，600221）拟以 61856.766 万元价格受让海航酒店控股集团有限公司（下称“海航酒店集团”）持有的北京燕京饭店有限责任公司（下称“燕京饭店”）45%股权［见下图的交易（a）］；以 172834.792 万元价格受让扬子江地产集团有限公司（下称“扬子江集团”）持有的北京科航投资有限公司（下称“科航公司”）65%股权和海航酒店集团持有的科航公司 30%的股权［见下图的交易（b）］。

二、交易股权架构及关联方

股权交易架构简图如下：



注：1. 海南省发展控股公司（下称“海南发展控股”）属于国有独资公司，股东为海南省国资委。海南发展控股持有大新华航空有限公司（下称“大新华航空”）40.65%股权，属于海南航空的实际控制人。

2. 大新华航空持有海南航空51.68%股权，系海南航空的控股股东。

3. 海航集团有限公司（下称“海航集团”）系海航酒店集团、扬子江集团的母公司，与海南航空构成关联关系，但并非海南航空的控股股东。

4. 海航酒店集团属于海航集团子公司，持有燕京饭店45%股权和科航公司30%股权。

5. 扬子江集团属于海航集团的子公司，持有科航公司65%股权。

三、业绩补偿概述

为保护上市公司及其中小股东的权益，根据中铭国际资产评估（北京）有限责任公司中铭评报字［2008］第0009号北京燕京饭店股权项目资产评估报告书以及公司对北京科航项目所做的盈利预测，转让方海航酒店集团、扬子江集团的控股股东海航集团已作出承诺，2009年、2010年、2011年，燕京饭店净利润如果无法达到预测的9698万元、12402万元、12938万元；科航公司净利润如

果无法达到预测的8169万元、9452万元、11630万元，海航集团将按权益比例（燕京饭店45%股权、科航公司95%股权）以现金补偿方式补足净利润差额部分。

四、盈利预测实现情况及补偿

根据海南航空2009年度、2010年度、2011年度的年报披露：

1. 科航公司2009年实际净利润为－3,503万元，与海航集团承诺的缺口为11,672万元，相关差额公司已经于2010年上半年全部收回。科航公司2010年净利润为60.25万元，与海航集团承诺的缺口为9,392万元，公司计划2011年上半年收回。

2. 海航集团承诺的缺口9,392万元在2011年已经兑现。

【评析】笔者在公开披露信息以及琼地198号文的基础上对海南航空对赌协议的财税处理分析如下：

一、会计处理

站在公司法视角，本交易属于海南航空从海航酒店集团、扬子江集团手中收购其持有的燕京饭店、科航公司股权的股权收购重组交易。站在会计视角来分析：

1. 海南航空收购海航酒店集团持有的45%燕京饭店股权

由于海航酒店集团对燕京饭店的持股比例仅为45%，不构成控制，但构成重大影响。因此，该收购不属于《企业合并准则》所规范的企业合并，应适用《长期股权投资准则》规范的股权投资（权益法）。海南航空有关会计处理如下：

借：长期股权投资——燕京饭店　　61856.766

贷：银行存款　　61856.766

2. 海南航空收购海航酒店集团、扬子江集团合计持有的95%科航公司股权

由于海航酒店集团、扬子江集团对科航公司的持股比例合计为95%，构成控制，属于《企业合并准则》规范的企业合并，但由于海航集团并不控制海南航空，所以属于非同一控制下的控股合并。海南航空有关会计处理如下：

借：长期股权投资——科航公司　　172834.792

贷：银行存款　　172834.792

3. 海南航空收到海航集团盈利补偿款的会计处理

我国目前并没有针对盈利预测补偿（对赌协议）如何进行会计处理的明确的规范和意见。本案假定采用调减投资成本法：该观点认为，它属于收购方或

合并方在补偿期内收到或有对价时对投资成本进行的调整。收购方或合并方收到的补偿，不同于从被投资公司中分得的股利，同时原先持有的股权比例也没有发生变动，因此不作为收益，而作为冲减长期股权投资账面成本处理。交易对方股东作为增加长期股权投资账面成本处理。收购方或合并方（海南航空）会计处理如下：

借：银行存款 11,088.40（11,672×95%）

贷：长期股权投资——科航公司 11,088.40

其实质是，海南航空支付的收购对价为172834.792万元，该对价是基于目标公司科航公司已经在“未来收益法”下对股权评估作价时考虑了未来的盈利。所以，如果未来科航公司达不到盈利预测数，则股权出让方海航酒店集团、扬子江集团的控股股东将按照如下方式以现金进行补偿：

（1）补偿金额＝（科航公司盈利预测数－科航公司实际盈利数）×95%；

（2）补偿对象：海南航空

这样的补偿方式就是通过出让方返还部分收购对价给海南航空，从而使得海南航空可以得到补偿。因为收购时基于未来盈利而作出的对目标公司/资产的估值偏高，出让股东作出补偿就是一种对当时收购对价的调整。其方式就是在不改变各股东股权比例/结构的情况下，对收购公司进行补偿，从而间接使得收购方的原股东的利益得到补偿，当然实际也可以直接对原股东进行对赌补偿，但鉴于上市公司股东众多且分散，所以这种股东之间的对赌方式在实务中操作起来很麻烦和繁琐，并不经济，所以采取这种间接的方式是现实的。

因此，会计处理上，视为对海南航空支付的收购对价172834.792万元的调减。调减后，海南航空收购科航公司的成本变为了161746.40万元（172834.792－11,088.40）。

4. 海航集团支付盈利补偿款的会计处理

由于海航集团并不是交易的直接当事方，亦未接收任何对价，但代为支付了盈利补偿款。因此，其会计处理如下：

借：其他应收款——海航酒店集团 3501.60（11,088.40×30%/95%）

——扬子江集团 7586.80（11,088.40×65%/95%）

贷：银行存款 11,088.40

收到款项时：

借：银行存款 11,088.40

贷：其他应收款——海航酒店集团　　3501.60

　　　　　　　——扬子江集团　　7586.80

当海航酒店集团、扬子江集团向海航集团支付代垫款时，会计处理如下：

借：以前年度损益调整　　3501.60

贷：银行存款　　　　　　3501.60

借：以前年度损益调整　　7586.80

贷：银行存款　　　　　　7586.80

可以发现，此时，对于出让方，相当于对2009年度的投资收益进行了追溯调整（冲减）。

二、税务处理

应该讲，我国税法在国家和地方层面都没有有关盈利预测补偿的税务处理规范。当然，琼地税函［2014］198号属于对本案的个案批复，并不带有一般意义，但可以作为借鉴。按照琼地税函［2014］198号的批复意见，笔者分析如下：

1. 海南航空的税务处理

海南航空收到科航公司盈利预测未达标时，海航集团支付的11,088.40万元补偿款时，与会计处理是一致的。即，调整“收到利润补偿当年调整相应长期股权投资的初始投资成本”。即是说，调整海南航空对科航公司长期股权投资的初始投资成本。因此，该股权的计税基础＝172834.792－11,088.40＝161746.40万元。海南航空不确认任何收入，也不进行任何的纳税调增。

2. 海航集团的税务处理

海航集团仅仅是代垫补偿款，不存在任何的支出，也不存在任何的税前扣除项目。

3. 海航酒店集团和扬子江集团的税务处理

让我们以扬子江集团为例来进行说明。在股权转让的2009年，扬子江集团确认了股权转让收益并计入应纳税所得额计算缴纳所得税。在2010年，扬子江集团实际支付了盈利预测补偿款，视为对最初收到的股权转让对价的调整，所以在会计处理上将涉及调整以前年度损益。在税务处理上，为简化，也不宜对2009年度进行退税处理，可以在2010年度调减应纳税所得额7586.80万元。

三、对海南航空对赌协议税务处理方式的评析

在会计处理上，我们可以发现，海南航空中的“对赌协议”属于“反向或有对价协议”，并且属于比较简单的以现金进行返还的例子。所以，在会计处理

上，如果按照 U. S. ASC 和 IFRS 的话（两者在本案处理上基本没有区别），则海南航空将在收购日按照或有对价协议的公允价值确认为一项金融资产（按照 3 个年度分别确认 3 项权利资产），而出售方海航集团（为讨论方便，我们暂不考虑海航集团仅仅是出售方的控股母公司提供补偿承诺或担保的事实）则在收购日按照或有对价协议的公允价值确认一项金融负债。在后续计量中，如果收到海航集团支付的盈利预测补偿款的话，则海南航空将差额部分确认为“其他综合收益”，而海航集团则冲减其转让股权的投资收益（以前年度损益）。

在税务处理上，琼地税函［2014］198 号对海南航空对赌协议利润补偿款的企业所得税处理的批复意见是一个大胆的尝试和借鉴。我们可以发现，这种处理方式与美国税法中的“开放交易法”和澳大利亚《建议规则》中对反向或有对价协议的“返还法”的处理规则基本一致。这样的处理规则实质是充分尊重了对赌协议的经济实质——即对目标资产/业务的估值的调整。在这一点上，对或有对价协议的税务处理属于企业所得税法奉行的资产历史成本计税基础一般规则的例外，即是说适用特别规则。而且在中国税法下，现在税务机关也逐步接受“追溯调整”的方式。因此，“计税基础冲减说”在能够解决理论问题的前提下，采取“冲减长期股权投资成本”的方式来处理也未尝不可。笔者认为，鉴于目前上市公司重大资产重组交易中盈利预测补偿协议已经属于“常态”的情况下，国税总局应该从国家层面进行明确统一和规范，不妨借鉴美国、澳大利亚等国税法的有益的实践经验。

（二）收购型对赌的实践及建议——以 59 号文特殊性税务处理为视角

实践中，除了前述的增资型对赌之外，还存在另外一类收购型对赌。那么，如何对收购型对赌进行税务处理呢？特别是如何适用特殊性税务处理待遇呢？遗憾的是，我国税法（主要指 59 号文）并没有涉及这个方面的规定。笔者以为，有关收购型对赌（实践中主要体现为上市公司的“业绩补偿协议”，即反向或有对价协议）的所得税规则需要解决如下两个方面的问题：

问题一：业绩补偿价款或者或有额外对价如何影响递延纳税待遇（特殊性税务处理）的给予，主要是对股东权益连续要求的影响；

问题二：业绩补偿价款或者或有额外对价如何进行税务处理。

本部分我们将主要讨论第一个问题，有关第二个问题的讨论，笔者已经在前述第（一）部分中进行了讨论。对于第一个问题，笔者以为我国税法需要解决如下三个方面的子问题：

1. 并购重组中，交易支付总额或交易总对价如何确定？即，业绩补偿部分

以及或有额外对价部分是否预先构成交易支付总额或交易总对价的一部分？以及，如果将它们考虑入对价总额的话，那么计算的时点确定在什么时点？

2. 如果业绩补偿以及或有额外对价部分是基于对股权或股份的调整（比如股份回购或无偿赠与返还等）或属于或有额外股权或股份对价的话，该等股权或股份是否属于股权支付？如果属于，其公允价值如何确定——即，按照何种方式或何时的价格来确定？

3. 业绩补偿以及或有额外对价部分对股东权益连续性规则的影响？

下面笔者分正向和反向两个类型的对赌协议来分别展开讨论。

（1）反向或有对价协议——盈利预测补偿协议或利润补偿协议

对于上市公司重大资产重组中的业绩补偿条款（反向对赌条款）而言，如果目标资产的实际盈利数达不到预测盈利数时，就实际盈利数与评估报告中盈利预测数之间的差异，资产转让方需要作出盈利预测补偿。在税务处理上，盈利预测补偿本身并不会对确定 59 号文的交易支付总额或股权支付的确定造成影响。其原理在于，在转让方作出业绩补偿（不论是以“现金补偿”或是“股份补偿”）时，收购方已经先予支付的收购对价是清晰和明确的。因为，不论是股权支付对价或是非股权支付对价在交割日或者重组日时，该等对价已经确定。或者说，交割日或重组日之后可能发生的业绩补偿或者股份补偿并不影响交割日或重组日对应支付给转让方的对价的确定。同时，在实务中，一般的业绩补偿条款都采取超过 1 年的补偿承诺期限的约定，即使有股权或股份的返还、回购或无偿赠与也不会影响股东权益的连续。如果采取的业绩补偿条款不超过 1 年（12 个月）的话，则可能将适用实质重于形式原则来进行审查是否构成一个整体交易。让我们以下例来进行说明：

【例 41－17】反向或有对价协议——特殊性税务处理的适用判断

基本事实同【例 41－2】。除了如下事实：C 公司在收购日采用增发价值 600 万元的股份一次性支付。

问题：假定其他条件都满足，本交易是否可以适用特殊性税务处理？

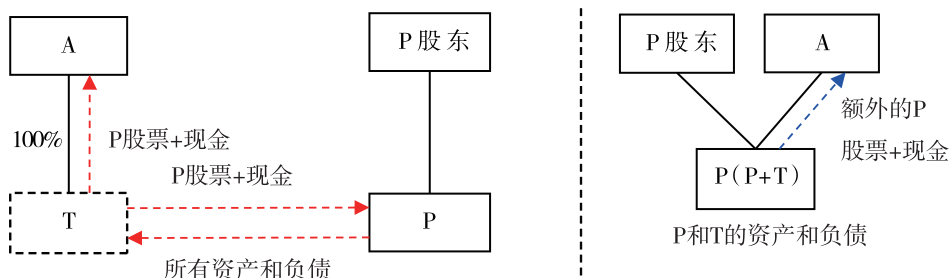
【评析】在本交易中，在重组日，交易支付总额是明确和清晰的，即 600 万元，股权支付额亦为 600 万元，股权支付比例＝600/600＝100%＞85%，被收购目标股份比例为 100%，因此，该交易符合特殊性税务处理的要求。需要注意的是，如果采用“关闭交易法”来考虑的话，则 A 公司应在重组日确认一个金融负债，但在税法上并不考虑该金融负债。

（2）正向或有对价协议

正向或有对价协议对59号文的影响与反向或有对价协议（业绩补偿条款）并不完全相同。正向或有对价协议属于交割日之后的未来某段期间内（一般是1–3年），因某个或某些特定的事件（主要是盈利、营业收入等财务指标的达成）的发生或不发生而触发。如前所述，在表现形式上，正向或有对价主要表现为当目标资产达到预定的里程碑时，收购方需要追加支付额外对价。如何对正向或有对价进行税务处理，特别是如何判断是否符合递延纳税待遇（股东权益连续等），包括美国、澳大利亚等国家的税法都并不清晰和明确，存在很多争议。在此，我们仅仅通过一个案例来阐述里面存在的诸多争议和疑难问题。

【例41–18】[①] 在企业重组业务所得税中如何处理“正向或有对价”？

A公司持有T公司的所有股票。P公司（公开上市交易公司）希望在一个免税重组交易中收购T。然而，重组各方并没有就T的价值达成一致，原因在于各方对合并后T公司资产可能的未来盈利和重大或有负债发生了争议。重组各方同意T被合并入P中。P将在交割日发行价值9,000万元的自身股票和1,000万元的现金（在合并时，P股票的交易价为1元/股，P发行了9,000万股）。如果，P的未来盈利达到某些目标并且或有负债并没有到期应偿付，则P将在或有额外对价条款下，在交割日后第2年度额外支付10,000万元。因此，P将发行价值5,000万元的自身股票和5,000万元的现金（经评估，在支付额外对价时，P股票的交易价为5元/股，P将发行1,000万股）。有关股权和交易架构图如下：



有关的合并对价参见下表（单位：百万元）：

① 参见《企业并购重组税法实务：原理、案例及疑难问题剖析》，雷霆著，中国法律出版社2015年9月第1版，第77～80页。

	交割日	或有额外对价	合计	在重组有效日的价值
股票	9,000 * 1 =90M（90%）	1,000 * 5 =50M（50%）	9,000 * 1 =90M（45%） 1,000 * 5 =50M（25%）	10,000 * 1 =100M（62.50%）
现金	10M（10%）	50M（50%）	60M（30%）	60M（37.50%）
总计	100M（100%）	100M（100%）	200M（100%）	160M（100%）

【解析】对或有对价的税务处理不论是在理论或是在实践中都存在诸多争议。主要包括如下几个方面的问题：

1. 问题一：或有对价是否在交割日（重组日）纳入交易支付总额或交易对价总额以确定股东权益是否连续？

观点一：纳入计算范围之内。其主要理由是，转让方获得了在未来所附条件成就的情况下，获得额外对价的权利，这是整个交易不可分割的一部分。

观点二：不纳入计算范围之内。其主要理由正好与观点一相反，因为转让方是否能够获得额外对价并不确定，而且或有额外对价条款构成另外一个单独的契约，不能同重组合同混同。

笔者赞同观点一，理由是如果没有重组合同的存在就没有或有额外对价条款的存在，后者是以前者为前提的，而且或有额外对价条款可以视为对合同的价格调整约定，构成重组合同并购对价条款的一部分。

在本案例中，依据59号文的规定，若采用观点一进行处理，则交易支付总额为20,000万元，股权支付额为14,000万元，现金支付额为6,000万元。股权支付比例=70%<85%，不符合特殊性税务处理的要件。若采用观点二进行处理，则交易支付总额为10,000万元，股权支付额为9,000万元，现金支付额为1,000万元。股权支付比例=90%>85%，若其他条件都满足的话，则可以选择适用特殊性税务处理。我们可以发现，若采用观点二的话，重组当事方完全可以将固定对价的交易，通过或有额外对价的方式，设计为很好达成的条件，在保证转让方获得同样对价总额的前提下，将交易转化设计为免税重组，即可以加大初始对价中的股权支付金额，而将大量的非股权支付金额放在或有额外对价中。

2. 问题二：在什么时点进行股东权益是否连续的确定？是重组交割日（重组日）进行或是等及或有额外对价可以确定之日？

观点一：在重组交割日（重组日）进行。其理由在于，重组协议的实质主体部分在交割日或重组日已经实际履行完毕，并且目标公司或目标资产已经处

于收购方的实际控制之下，在此时进行是合适的。如果不在此时处理等及或有额外对价可以确定之日再处理，将面临的主要困难是，未来触发或有对价调整的期间可能比较长（实践中一般是 1－3 年），在该期间内，整个重组交易是按照应税重组预先处理或是暂不处理，若是前者，如果后续界定可以选择适用免税处理，是否还需要做退税处理，如果不退税则剥夺了重组当事人的权利，如果退税则税务处理上并不符合成本效率原则，将使税务处理变得复杂而不利于管理；若是后者，如果判定属于应税交易，则将使得国家税收不能及时的缴纳入库。

观点二：在或有额外对价可以确定之日进行。其理由在于，如果在重组交割日（重组日）进行的话，则这样确定的交易支付总额并不准确，因为转让方是否可以获得该等或有额外对价并不确定，可能导致对股东权益是否连续的不同的判定结果。譬如，在或有对价中股权支付金额、比例和初始对价中股权支付金额、比例不等时，就可能存在这种情况。

笔者赞同观点一。理由在于，除了观点一阐述的理由之外，对于观点二的理由，笔者认为，其主要的问题在于并没有考虑在重组交割日（重组日）将或有额外对价纳入交易总额一并考虑了，这点我们已经在问题一中进行了阐述。

3. 问题三：在交割日（重组日）确定股东权益是否连续时，或有股票或股权如何确定其价值？

笔者认为，如果股东权益连续的确定在重组交割日（重组日）时作出，或有股票或股权的价值在该日是无法以其发行日的价值进行计算确定的，但是，在实务中，我们一般在并购合同中约定了或有额外对价的种类和各自的金额，应该采用这些金额来进行计算，而不是采用发行股数乘以交割日或或有股票发行日的价格进行计算（参见上表的“或有额外对价”和“在重组有效日的价值”列），反而是在合同约定的总额基础上，采用发行日的价格倒推需要发行的股票数量。当然在实务中，我们还需要考虑或有对价支付发生的可能性来合理确定或有对价的金额以及或有股票或股权的价值。

4. 问题四：基于股东权益连续的时间性要求，转让方是否需要在特定期间内保留获得或有额外对价的合同权利以及获得额外对价支付后是否需要在特定期间内保留该等股票？

在解决了上述三个问题之后，我们还将面临的问题是，转让方是否可以在或有对价的确定期间以及或有对价被确定支付之后的某个特定期间内不得处置该等股票？对于前者，笔者认为，尽管转让方拥有该等或有对价的获取权，但

在中国法下它并不是一个可以转让的标的资产，不论是从或有额外对价的形成机制或是实务中合同的约定来看，在该期间内都不得转让；对于后者，按照我国59号文第五条第（五）项的规定："企业重组中取得股权支付的原主要股东，在重组后连续12个月内，不得转让所取得的股权。"以及4号公告第十九条的规定："《通知》第五条第（三）和第（五）项所称'企业重组后的连续12个月内'，是指自重组日起计算的连续12个月内。"所以，如果或有额外对价的确定期间在12个月及以上，当其被确定并支付时，有关股东权益连续的12个月时间性要求已经经过，这意味着不再需要进行额外的要求。如果确定期间小于12个月，则需要在12个月内剩余的期间内不得转让。从实践来看，或有额外对价的确定期间一般都大于等于12个月，从这个意思上讲，一般都不会涉及转让方取得额外对价后的转让限制。但是，从股东权益持续本身的原理来分析，额外对价是收购方对目标资产估值的新的调整，代表了目标资产的原股东的投资利益，如果在其取得额外股票支付时不再要求12个月的转让限制的话，将可能导致部分权益施加以12个月转让限制，而部分权益不施加以或者施加以小于12个月的转让限制，这显然是不可理解的。笔者认为，对于这部分额外股票，59号文以后还需要针对或有额外对价施加以单独的规定以保持一致性。

从上面的论述来看，我国税法并没有建立有关业绩补偿条款和或有对价条款（"对赌条款"）的税法规则。事实上，我国税法的立法远远滞后于商业活动的创新和发展，需要我们从理论和实务进行研究，并早日明确这些问题。

专题 42：股权激励的税务问题

内容概览

实践中，主要是创业公司、上市前股份公司以及已上市公司通常会对其董事、监事、高级管理人员、核心技术人员等实施股权激励计划。为此，从 1998 年的《国家税务总局关于个人认购股票等有价证券而从雇主取得折扣或补贴收入有关征收个人所得税问题的通知》（国税发［1998］9 号）开始，财政部、国家税务总局陆续出台了针对股票期权、股票增值权和限制性股票等股权激励计划的所得税政策。总体看，这些政策适用于激励计划指定的股票为上市公司（含境内、外上市公司）股票的情形，针对非上市公司（特别是有限责任公司）以自身股权（份）为标的的股权激励如何进行所得税处理则基本缺失。本专题包含如下内容：

■ 股权激励的概念、法律法规及类型

■ 股权激励的所得税政策

■ 集团股权激励模式下的所得税问题

■ 股权激励中持股平台模式下的所得税问题

■ 股权激励涉及的增值税政策

一、股权激励的概念、法律法规及类型

（一）股权激励的概念和法律法规

概括地讲，股权激励是指公司以本公司或其他公司股权、股份（或股票）为标的，对公司的高级管理人员及其他员工进行的长期性激励。股权激励的方式一般包括股票期权、限制性股票、股票增值权以及业绩股票和虚拟股票等。

在原 2005 年《公司法》（2014 年《公司法》并没有任何变化）下，对于股份有限公司而言，允许公司回购本公司的股票奖励给员工（现行《公司法》第一百四十三条第一款第（三）项），公司董事、监事和高管在任职期内有限度地

转让其股份（现行《公司法》第一百四十二条），从而解决了激励股票的来源问题和激励收益变现的问题。为弥补我国法律、法规体系中对股权激励规定的空白，促进我国公司股权激励的发展，中国证监会发布了《上市公司股权激励管理办法（试行）》（证监公司字［2005］151 号，下称“《管理办法》”），国资委、财政部发布了《国有控股上市公司（境外）实施股权激励试行办法》（国资发分配［2006］8 号）和《国有控股上市公司（境内）实施股权激励试行办法》（国资发分配［2006］175 号）。前述规定允许上市公司以限制性股票、股票期权及法律、行政法规允许的其他方式实行股权激励计划。尤其对股票期权和限制性股票这两种发展较为成熟的工具予以较详细的规定，并对其实施条件、程序和操作要点进行了规范。

如上所述，我国已经对上市公司如何进行股权激励做出了规定，但对有限责任公司的股权激励依然缺乏可操作性的规定。实践中，大量的有限责任公司，尤其是科技型、创业型企业有强烈的实行股权激励的愿望，却不知如何选择行之有效的股权激励方式。上市公司的股权激励规定虽然对有限责任公司有一定的参考价值，但有限责任公司是封闭性公司，上市公司是公开性公司，有限责任公司不可能严格参照上市公司的规定来实行股票期权或限制性股票计划，有限责任公司实施股权激励有其特殊性。

（二）股权激励的类型及适用

实践中，上市公司实施的股权激励方法主要包括股票期权、股票增值权和限制性股票三大类型；非上市公司实施的股权激励方法主要包括股份期权、业绩股票、虚拟股票、股份增值权等。笔者将其总结如下表 42－1：

表 42－1：股权激励计划类型、适用主体、特征及联系与区别

适用主体	类型	涵义	联系与区别
上市公司	股票期权	股票期权，是指公司授予激励对象在未来一定期限内以预先确定的价格（行权价）和条件购买公司一定数量股票（份）的权利。股票期权的最终价值体现在行权时的价差上。作为上市公司激励机制的股票期权是单一的买入期权，股票期权不可转让交易。	限制性股票与股票期权的本质区别在于股票期权是未来收益的权利，而限制性股票是已现实持有的、归属受到限制的收益。限制性股票适用于成熟型企业或者对资金投入要求不是非常高的企业。需要特别注意的是禁售期限。在禁售期限内，激励对象无权支配这些股票。如果在期限内持有人离开公司，限制性股票将被收回。在限制期限内，拥有限制性股票的激励对象可以和其他股东一样获得股息，并拥有表决权。
	限制性股票	限制性股票是指公司为了实现某一特定目标，无偿将一定数量的股票赠予或者以较低的价格授予激励对象。只有实现预定目标［例如股票价格（价值）达到一定水平］，激励对象才可将限制性股票抛售或转让并从中获利；预定目标没有实现时，公司有权将免费赠予的限制性股票收回或者按照授予价格回购。	
	股票增值权	股票增值权是指公司授予激励对象在未来一定时期和约定条件下，获得规定数量的股票价格（价值）上升所带来收益的权利。被授权人在约定条件下行权，公司按照行权日与授权日二级市场股票的差价乘以授权股票数量，发放给被授权人现金。股票增值权的所有者不拥有这些股票的所有权，也不能享有分红，因此也称为“虚拟股票期权”。	股票增值权模式是股票期权模式的一种变通。是指公司授予激励对象一种“虚拟”的股票，当公司股票增值时，则被授予者可以据此享受股票的溢价收益。期权人只是在名义上持有而非真的购买公司股票，期权人没有表决权、股票不能转让和出售，在离开公司时自动失效。

续 表

非上市公司	股权期权	参见股票期权的涵义	——
	虚拟股权	虚拟股权是指公司授予激励对象一种虚拟的股权，激励对象可以根据被授予虚拟股权的数量参与公司的分红并享受股价升值收益，但没有所有权和表决权，也不能转让和出售，且在离开公司时自动失效。	虚拟股权和股票期权相类似，但虚拟股权不是实质性的股权认购权，本质上是将奖金延期支付，其资金来源于公司的奖励基金； 虚拟股权与股票增值权的最大区别在于，前者在满足条件（一般是任职期间）后可以分享公司的利益，即可以获得分红，而后者则不可以。两者的相同之处都是可以享受股价升值收益，但没有所有权和表决权，也不能转让和出售，其在激励对象离开时自动失效，其本质都是奖金延期支付，其资金来源于公司的奖励基金。
	业绩股票	业绩股票是指公司年初确定一个合理的业绩目标和一个科学的绩效评估体系，如果激励对象经过努力后实现了该目标，则公司授予其一定数量的股票或提取一定比例的奖励基金购买股票后授予。	业绩股票与限制性股票的主要区别在于，前者只有在完成公司确定的业绩目标之后，公司才授予其一定数量的股票或提取一定比例的奖励基金购买股票后授予，而后者是在公司事先无偿将一定数量的股票赠予或者以较低的价格授予激励对象，只有实现预定目标［例如股票价格（价值）达到一定水平］，激励对象才可将限制性股票转让并从中获利；预定目标没有实现时，公司有权将免费赠予的限制性股票收回或者按照授予价格回购。

下面将前述股权激励类型及其适用总结如下表42－2：

表 42－2：股权激励类型及其适用

非上市公司股权激励	有限责任公司股权激励	股份期权型、业绩股权型、虚拟股票型、股份增值权型
	非上市股份有限公司股权激励	股份期权型、限售股型以及其他期权型
上市公司股权激励	股票期权型、限售股型、股票增值型（适用于国有控股境外上市公司）以及其他期权型	

二、股权激励的所得税政策

（一）股权激励的个人所得税政策

1998 年，国家税务总局出台了《国家税务总局关于个人认购股票等有价证券而从雇主取得折扣或补贴收入有关征收个人所得税问题的通知》（国税发［1998］9 号，下称“9 号文”），首次对股票期权的个人所得税问题进行了规定。此后，国家税务总局陆续出台了针对股票期权、股票增值权和限制性股票等股权激励计划的所得税政策。总体看，主要针对激励计划指定的股票为上市公司（含境内、外上市公司）股票的情形而适用，针对非上市公司以自身股权或股份为标的如何适用所得税政策则基本缺失。笔者将其总结如下表 42－3：

表 42－3：股权激励的所得税政策

适用主体	类型	文件名称	政策规定
非上市公司（以非上市公司股票为标的）	股票期权	《国家税务总局关于个人认购股票等有价证券而从雇主取得折扣或补贴收入有关征收个人所得税问题的通知》（国税发［1998］9 号）	个人认购股票等有价证券，因其受雇期间的表现或业绩，从其雇主以不同形式取得的折扣或补贴（指雇员实际支付的股票等有价证券的认购价格低于当期发行价格或市场价格的数额），属于该个人因受雇而取得的工资、薪金所得，应在雇员实际认购股票等有价证券时，按照个税有关法规计算缴纳个人所得税。

续　表

上市公司和非上市公司（以上市公司股票为标的）	股票期权	《财政部、国家税务总局关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》（财税［2005］35号、《国家税务总局关于个人股票期权所得缴纳个人所得税有关问题的补充通知》（国税函［2006］902号）、《财政部、国家税务总局关于上市公司高管人员股票期权所得缴纳个人所得税有关问题的通知》（财税［2009］40号）	行权时： 股票期权形式的工资薪金应纳税所得额 =（行权股票的每股市场价 - 员工取得该股票期权支付的每股施权价）×股票数量； 应纳税额 =（股票期权形式的工资薪金应纳税所得额/规定月份数×适用税率 - 速算扣除数）×规定月份数
	股票增值权	《国家税务总局关于股权激励有关个人所得税问题的通知》（国税函［2009］461号）、《财政部、国家税务总局关于股票增值权所得和限制性股票所得征收个人所得税有关问题的通知》（财税［2009］5号）、《国家税务总局关于个人所得税有关问题的公告》（国家税务总局公告2011年第27号）等	对于个人从上市公司（含境内、外上市公司，下同）取得的股票增值权所得和限制性股票所得，比照财税［2005］35号、国税函［2006］902号的有关规定，计算征收个人所得税。 股票增值权某次行权应纳税所得额 =（行权日股票价格 - 授权日股票价格）×行权股票份数。
	限制性股票	《国家税务总局关于股权激励有关个人所得税问题的通知》（国税函［2009］461号）、《国家税务总局关于个人所得税有关问题的公告》（国家税务总局公告2011年第27号）等	同上，比照财税［2005］35号、国税函［2006］902号执行。 应纳税所得额 =（股票登记日股票市价 + 本批次解禁股票当日市价）÷2×本批次解禁股票份数 - 被激励对象实际支付的资金总额×（本批次解禁股票份数÷被激励对象获取的限制性股票总份数）

注：国税函［2009］461号部分条款失效。即，该文第七条“其他有关问题”第（一）项括号内“间接控股限于上市公司对二级子公司的持股”被《国家税务总局关于个人所得税有关问题的公告》（国家税务总局公告2011年第27号）废止。

在理解和适用上述政策时，需要注意如下几个方面的要点：

1. 股权激励的个人所得税的基本概念

根据财税［2005］35号文的规定，企业员工股票期权（以下简称股票期

权）是指上市公司按照规定的程序授予本公司及其控股企业员工的一项权利，该权利允许被授权员工在未来时间内以某一特定价格购买本公司一定数量的股票。前述“某一特定价格”被称为“授予价”或“施权价”，即根据股票期权计划可以购买股票的价格，一般为股票期权授予日的市场价格或该价格的折扣价格，也可以是按照事先设定的计算方法约定的价格；“授予日”，也称“授权日”，是指公司授予员工上述权利的日期；“行权”，也称“执行”，是指员工根据股票期权计划选择购买股票的过程；员工行使上述权利的当日为“行权日”，也称“购买日”。

根据财税［2009］5 号文的规定，股票增值权是指上市公司授予公司员工在未来一定时期和约定条件下，获得规定数量的股票价格上升所带来收益的权利。被授权人在约定条件下行权，上市公司按照行权日与授权日二级市场股票差价乘以授权股票数量，发放给被授权人现金。限制性股票是指上市公司按照股权激励计划约定的条件，授予公司员工一定数量本公司的股票。

2. 股权激励的个人所得税性质界定

我国最早有关股权激励个人所得税的文件是国税发［1998］9 号文，它对股权激励所得性质的认定是，无论雇员个人以何种方式取得所得，均属于该个人因受雇而取得的工资薪金所得，应在雇员实际认购股票等有价证券时，依法缴纳个人所得税。这一性质认定在后来的政策文件中一直予以延续并无变化。同时，股权激励计划实施后，激励对象行权后持有股票而获得的股息、红利，按照个人所得税“利息、股息、红利”所得征税。转让前述股票的所得，按照“财产转让”所得征税。

从上述规定来看，股权激励所得实质上属于对职工的激励、奖励或补偿，是一种以股份方式支付的职工薪酬。

3. 股权激励的个人所得税政策适用

（1）基本规定及适用

从上述规定可以看出，我国有关股权激励的税收政策明确按照“工资、薪金”所得。股权激励形式有三种：股票期权、股票增值权和限制性股票。在如何具体适用上，需要注意如下几点：

①截至目前，适用于非上市公司股权激励的文件仅为国税发［1998］9 号。需要注意的是，原《国家税务总局关于阿里巴巴（中国）网络技术有限公司雇员非上市公司股票期权所得个人所得税问题的批复》（国税函［2007］1030 号）针对非上市公司股票期权可以适用《国家税务总局关于调整个人取得全年一次

性奖金等计算征收个人所得税方法问题的通知》（国税发［2005］9号）等相关规定已经被废止；①

②股票期权所得的个人所得税处理主要依据是财税［2005］35号文和国税函［2006］902号文。其中，国税函［2006］902号文还规定，员工接受雇主（含上市公司和非上市公司）授予的股票期权，凡该股票期权指定的股票为上市公司（含境内、外上市公司）股票的，均应按照财税［2005］35号文件进行税务处理。这意味着，财税［2005］35号和国税函［2006］902号文并不能适用非上市公司以自身股权或股份实施的股票期权计划，只能适用国税发［1998］9号文；

③财税［2009］5号文规定，股票增值权和限制性股票所得比照股票期权所得处理。同时，国税函［2009］461号文规定，财税［2005］35号、国税函［2006］902号、财税［2009］5号和国税函［2009］461号等文件仅适用于上市公司（含所属分支机构）和上市公司控股企业的员工。

需要注意的是，国税函［2009］461号最初规定，财税［2005］35号、国税函［2006］902号和财税［2009］5号以及本通知有关股权激励个人所得税政策，适用于上市公司（含所属分支机构）和上市公司控股企业的员工，其中上市公司占控股企业股份比例最低为30%（间接控股限于上市公司对二级子公司的持股）。间接持股比例，按各层持股比例相乘计算，上市公司对一级子公司持股比例超过50%的，按100%计算。但《国家税务总局关于关于个人所得税有关问题的公告》（国家税务总局公告2011年第27号，下称"27号公告"）第一条"关于上市公司股权激励个人所得税持股比例的计算问题"规定，企业由上市公司持股比例不低于30%的，其员工以股权激励方式持有上市公司股权的，可以按照《国家税务总局关于股权激励有关个人所得税问题的通知》（国税函［2009］461号）规定的计算方法，计算应扣缴的股权激励个人所得税，不再受上市公司控股企业层级限制。《国家税务总局关于股权激励有关个人所得税问题的通知》（国税函［2009］461号）第七条第（一）项括号内"间接控股限于上市公司对二级子公司的持股"废止。因此，对于上市公司持股比例不低于30%的控股企业不再有层级的限制。让我们以下例来进行说明：

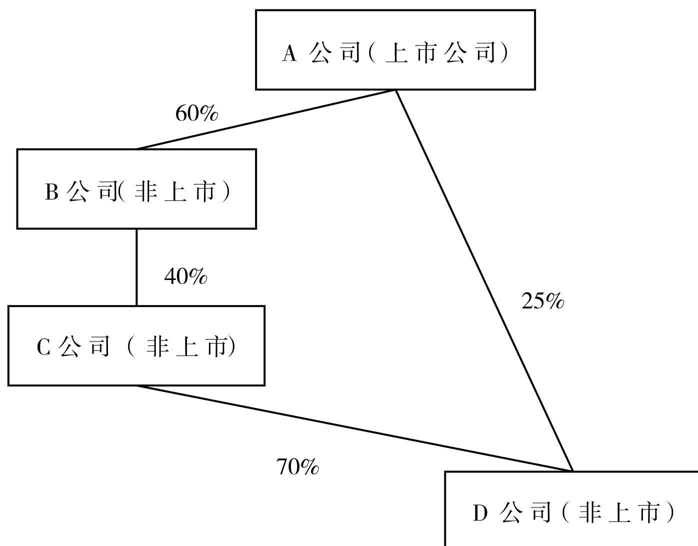
【例42－1】上市公司的控股企业实施股权激励计划不再受层级的限制

假定，A公司（境内上市公司）持有非上市有限公司B公司60%的股权，

---

① 笔者注：根据《国家税务总局关于公布全文失效废止部分条款失效废止的税收规范性文件目录的公告》（国家税务总局公告2011年第2号），该文自2011年1月4日起全文废止或失效。

B 公司持有非上市有限公司 C 公司 40% 的股权，C 公司持有非上市公司 D 公司 70% 的股权。同时，A 公司还直接持有 25% 的 D 公司股权。有关股权结构如下图：



在 461 号文原规定下，A、B 和 C 公司可以按照财税［2005］35 号、国税函［2006］902 号和财税［2009］5 号以及 461 号文的规定进行股权激励的个人所得税政策。但对于 D 公司，由于其属于 A 公司的第三级控股企业，不能计算 A 对 D 的间接持股（60% ×40% ×70% =16.8%），由于 A 对 D 的直接持股比例为 25% 低于 30%，所以 D 公司员工的股权激励所得不能适用上述税收政策来处理。即是说，只能按照国税发［1998］9 号文的规定来处理，一般而言，此时的所得税处理后果将比前者税负更重一些。

在 27 号公告出台后，废止了 461 号文“间接控股限于上市公司对二级子公司的持股”的规定，即是说 D 公司与 B 和 C 公司的政策将保持一致。

（2）股权激励纳税环节、时点及其例外

根据上述规定，股权激励计划个人所得税涉及三个环节的税务处理：股权激励实施环节、股权持有环节和股权变现环节。笔者将其总结如下表 42－4：

表 42 -4：股权激励个人所得税纳税环节及政策

环节	类型及方式	纳税义务发生时间及税收政策
股权激励实施环节	股票期权：股权（份）转让、股票增值权及限制性股票	股票期权：财税［2005］35 号第二条第（一）、（二）项规定，授予时，一般不作为应税所得征税。行权时，征税。 例外：国税函［2006］902 号第六条规定，股票期权在授权时即约定可以转让，且在境内或境外存在公开市场及挂牌价格（可公开交易的股票期权），员工取得可公开交易的股票期权属于员工已实际取得有确定价值的财产，应按授权日股票期权的市场价格作为授予日所在月份的工资薪金所得计缴个人所得税。 国税函［2009］461 号第五条规定：（一）股票增值权个人所得税纳税义务发生时间为上市公司向被授权人兑现股票增值权所得的日期；（二）限制性股票个人所得税纳税义务发生时间为每一批次限制性股票解禁的日期。
	增资扩股方式	一般理解，因涉及股权激励计划，被激励对象行权取得股权时，应就折价增资扩股取得的所得负有纳税义务。①
股权持有环节	股息、红利分配	财税［2005］35 号第二条第（四）项规定，员工因拥有股权而参与企业税后利润分配取得的所得，应按照“利息、股息、红利所得”适用的规定计缴个人所得税（20%）。 根据《关于上市公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》（财税［2015］101 号）的规定，个人从公开发行和转让市场取得的上市公司股票，持股期限在 1 个月以内（含 1 个月）的，其股息红利所得全额计入应纳税所得额；持股期限在 1 个月以上至 1 年（含 1 年）的，暂减按 50% 计入应纳税所得额；持股期限超过 1 年的，暂免征收个人所得税。上述所得统一适用 20% 的税率计征个人所得税。
股权变现环节	被激励对象直接持股	如果属于上市公司限售性股票，按照国家有关限售股的规定征收个人所得税。② 如果属于上市公司流通股，按照《财政部　国家税务总局关于个人转让股票所得继续暂免征收个人所得税的通知》（财税字［1998］061 号）的规定，暂免征个人所得税。 如果属于非上市公司股权或股份，按照《股权转让个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告 2014 年第 67 号）的规定执行。

注：①本观点在实务中存在争议。另一种观点是，采用现金增资的，被激励对象增资

时不涉及税收问题，但以后股权转让时会产生纳税义务；

②有关限售股转让涉及的所得税问题请读者参见本书“专题39：限售股转让的所得税、营改增问题”。

下面，笔者将对股权激励所得税政策适用中存在的两个疑难问题介绍如下：

【疑难问题42－1】非上市公司采用增资扩股方式实施股权激励计划时，自然人股东应如何纳税？

在“专题2：不公允增资的所得税问题”中，笔者曾经讨论过自然人股东以低于每股净资产公允价值的方式增资时的所得税问题，在当时，笔者并不赞同在增资时对自然人股东进行征税，因为自然人股东并没有实现所得，可以递延到自然人股东转让股权时征收。那么，在非上市公司股权激励计划采用增资扩股的方式来实施时，自然人股东应于何时产生纳税义务呢？实践中，存在两种观点：一是在增资环节不征税，递延至股权转让环节征税；二是，股权激励的税收政策属于特别的税收规定，应区别于一般性的自然人折价增资行为，应优先适用有关股权激励的税收政策，因此应按照国税发［1998］9号文的规定进行处理，于自然人股东行权认购获得股权时产生个人所得税纳税义务。笔者赞同第二种观点。

【疑难问题42－2】非上市公司采用大股东低价转股方式实施股权激励计划时，自然人股东应如何纳税？

对于此种类型的股权激励计划，实务中有以下三种处理观点：

观点一：大股东低价转让股权按照《企业所得税法》和《税收征管法》或者《股权转让个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告2014年第67号）的规定，核定征收企业（个人）所得税。同时对被激励对象征收个人所得税。由于大股东已经纳税，则被激励对象取得的非上市公司股权的计税基础为行权日的公允价值（核定价格）。此时，对于被激励对象是否需要按照股权激励个人所得税的规定计征个人所得税？对此又存在两种不同的处理意见：一是，对被激励对象计缴个人所得税，不再对出让股东核定征收；二是，对出让股东核定征收，不再对被激励对象计缴个人所得税。

该观点的问题在于，在出让股东已经被核定征税后，如果再对被激励对象计缴个人所得税，或者在对被激励对象计缴个人所得税后，如果再对出让股东核定征税，可能存在重复征税的嫌疑。对被激励对象计缴个人所得税时，其应确认的应纳税所得额＝行权日股权的公允价值（核定价格）－授予价格；而前手出让股东被核定征税时确认的应纳税所得额＝核定价格－股权的计税基础。

譬如，被激励对象行权日股权的公允价格为10元/股，股权激励的行权价格为2元/股，原股权的计税基础为1元/股，则被激励对象个人确认的应纳税所得额=10－2=8（元/股），如果再对出让方股东核定征税，则其确认的股权转让所得=10－1=9（元/股）。如果不对出让方股东核定征税，则其确认的股权转让所得=2－1=1（元/股）。我们可以看出，对于同一股权，在一个股权转让交易中，其真实的内含增值总额其实只有9元/股，而如果对被激励对象征税后，又对出让股东核定征税，或者对出让股东核定征税后，又对被激励对象征税，不论何种情形，实际都将对同一股权的内含增值合计17元/股征税，其中的8元/股存在重复征税的嫌疑。

观点二：对大股东不核定征税，直接对被激励对象征收个人所得税，同时按照被激励对象确认的应纳税所得额调增持有的非上市公司股权的计税基础。

观点三：对大股东核定征税，并不对被激励对象征收个人所得税，同时按照核定所得额调增持有的非上市公司股权的计税基础。

笔者总体认同观点二的立场，因为股权激励尽管通过股权转让来实现，但它属于一种特殊的股权转让交易（视为有正当理由），应按照特别法优于普通法的原则，优先适用有关股权激励的税收政策，但应做适当的调整。即，如果转让股权的原计税基础小于行权价格的，亦即被激励对象确认的应纳税所得额小于大股东核定的股权转让所得的，应在前者的基础上调整股权原计税基础与行权价格的差额部分。理由在于，尽管员工股权激励计划系通过大股东低价转让股权来实施，这无疑是一个股权转让行为，但为避免重复征税，并且鉴于股权转让的目的是为了实施股权激励，应优先适用股权激励的所得税政策，但这不应成为国家税收流失的依据，亦不应成为资产计税基础连续被中断的理由。譬如，前述例子中，被激励对象确认应纳税所得额为8元/股，在纳税后，按照股权计税基础连续理论，其取得的股权的计税基础为9元/股（1+8），为避免以后重复征税，应调整至10元/股［9+（2－1）］。

（3）应纳税所得额和应纳税额的计算

第一，员工获得股票期权、限制性股票和股票增值权，作为“工资、薪金”所得处理，以在一个月份中取得的股票期权工资薪金所得为一次，区分本月的其他工资薪金，单独计算应纳税额（但非上市公司股权（份）期权除外）。有关应纳税所得额和应纳税额汇总如下表42－5：

表 42－5：股权激励个人所得税应纳税所得额和应纳税额的计算

类型	应纳税所得额	应纳税额
股票期权：国税法［1998］9 号、财税［2005］35 号、国税函［2006］902 号	非上市公司股权（份）期权：应纳税所得额＝股权（份）公允市场价格－员工股权（份）认购价款	应纳税所得额与当月工资薪金合并计算。可经主管税务机关批准后，自其实际认购股票等有价证券的当月起，在不超过 6 个月的期限内平均分月计入工资、薪金所得计算缴纳个人所得税。
	以上市公司股票为标的：应纳税所得额＝（行权股票的每股市场价－员工取得该股票期权支付的每股施权价）×股票数量；	以上市公司股票为标的：应纳税额＝（股票期权形式的工资薪金应纳税所得额/规定月份数×适用税率－速算扣除数）×规定月份数 对上市公司高管人员（董事、监事、高级管理人员）取得股票期权在行权时，纳税确有困难的，经主管税务机关审核，可自其股票期权行权之日起，在不超过 6 个月的期限内分期缴纳个人所得税。其他股权激励方式参照执行。
股票增值权：国税函［2009］461 号、财税［2009］5 号	股票增值权某次行权应纳税所得额＝（行权日股票价格－授权日股票价格）×行权股票份数。	
限制性股票：国税函［2009］461 号	应纳税所得额＝（股票登记日股票市价＋本批次解禁股票当日市价）÷2×本批次解禁股票份数－被激励对象实际支付的资金总额×（本批次解禁股票份数÷被激励对象获取的限制性股票总份数）	

对于上表计算公式，需要注意如下几个要点：

① 激励对象为获得股权激励所支付的款项可在计算应纳税所得额时扣除；

② 应纳税额公式中的规定月份数，是指员工取得来源于中国境内的股权激励形式工资薪金所得的境内工作期间月份数，长于 12 个月的，按 12 个月计算。因为年度业绩考核的需要和现有对禁售期、解禁期最低期限的强制性规定，股权激励计划有效期一般不少于 3 年；

③ 因一次收入较多，纳税有困难的，经主管税务机关审核，可自行权日起，在不超过 6 个月的期限内分期缴纳个人所得税；[①]

④ 激励对象为缴纳股权激励所得的工资薪金个人所得税款而出售股票的，其出售时间、价格不影响前述纳税义务的发生时间和税额。其出售股票的行为

① 参见财税［2009］40 号第二条、第三条。

应视为股票转让，按“财产转让”所得的相关规定免征个人所得税。

第二，一个纳税年度中多次取得股权激励或者同时兼有不同股权激励形式。根据国税函［2009］461 号和国税函［2006］902 号的规定，上市公司应将一个纳税年度内各次股权激励所得或者同时兼得的不同股权激励形式的所得合并计算应纳税额。在该纳税年度内首次取得股票期权形式的工资薪金所得可按上表 42－5 所列公式计算应纳税所得额和应纳税额。本年度内以后每次取得股票期权形式的工资薪金所得，应按以下公式计算应纳税款：

应纳税款＝（本纳税年度内取得的股票期权形式工资薪金所得累计应纳税所得额÷规定月份数×适用税率－速算扣除数）×规定月份数—本纳税年度内股票期权形式的工资薪金所得累计已纳税款[1]

第三，对于取得股票期权的员工在行权日不实际买卖股票，而按行权日股票期权所指定股票的市场价与施权价之间的差额，直接从授权企业取得价差收益的，应作为工资薪金所得，按照股票期权工资薪金个人所得税公式计算缴纳个人所得税。

第四，对因特殊情况，取得股票期权的员工在行权日之前将股票期权转让的，以股票期权的转让净收入，作为工资薪金所得征收个人所得税。如果员工以折价购入方式取得股票期权的，可以股票期权转让收入扣除折价购入股票期权时实际支付的价款后的余额，作为股票期权的转让净收入。[2]

第五，对于可在授权日征税的股票期权，应按授权日股票期权的市场价格，作为员工授权日所在月份的工资薪金所得，按财税［2005］35 号文的公式计算应纳税额：应纳税额＝（股票期权形式的工资薪金应纳税所得额/规定月份数×适用税率－速算扣除数）×规定月份数。如果员工以折价购入方式取得股票期权的，可以授权日股票期权的市场价格扣除折价购入股票期权时实际支付的价款后的余额，作为授权日所在月份的工资薪金所得。员工取得可公开交易的股票期权后，实际行使该股票期权购买股票时，不再计算缴纳个人所得税。[3]

下面我们以一个上市公司股票期权的案例来进行说明：

【例 42－2】限制性股票应纳税所得额的计算确定

根据国税函［2009］461 号的规定，限制性股票应纳税所得额的计算公式如下：

---

① 参见国税函［2006］902 号第七条。

② 参见国税函［2006］902 号第二条。

③ 参见国税函［2006］902 号第六条。

应纳税所得额 =（股票登记日股票市价 + 本批次解禁股票当日市价）÷2 × 本批次解禁股票份数 − 被激励对象实际支付的资金总额 ×（本批次解禁股票份数 ÷ 被激励对象获取的限制性股票总份数）

该公式的原理在于，采用加权平均的方式确定解禁股票行权价，并按照比例计算应纳税所得额。但是，该公式忽略了实践中一个主要的问题——即，如果在未解禁期间，上市公司实施了转送股的情形下，采用“本批次解禁股票当日市价”是存在差异的。让我们以如下例子来说明：

假定，A 上市公司对激励对象授予限制性股票，登记日股票市价为 4 元/股，授予价格为 4 元/股，授予甲 10,000 股。禁售期为 1 年。

（1）假定，解禁日股票市价为 10 元/股，则根据 461 号文规定，甲应纳税所得额 =（4 + 10）/2 × 10,000 − 4 × 10,000 = 30,000（元）；

（2）假定，在禁售期间，A 公司发生了送股：10 股送 10 股。此时，由于送股，甲持有的限制性股票的数量和价格将进行相应的调整，甲将持有 20,000 股。假定其他情况不变，1 年后解禁，解禁日股票市价为 10 元/股，则除权之后股票的价格应该为 5 元/股。如果按照 461 号文的规定计算，甲应纳税所得额 =（4 + 5）/2 × 20,000 − 4 × 10,000 = 50,000（元）。相对于第（1）种情形下计算的金额，多确认了 20,000 万元。

因此，如果限制性股票在禁售期内，上市公司发生转送股的，461 号文规定的“本批次解禁股票当日市价”实质是“转送股调整后的股票当日市价”，但“股票登记日股票市价”对应的则是“转送股”之前股票市价，这两个价格在计量标准上并不一致。如果将“股票登记日股票市价”按照“转送股”做相应调整后的价格来计算，我们会发现结果是一致的，并不存在差异。计算如下：

甲应纳税所得额 =（4/2 + 5）/2 × 20,000 − 4 × 10,000 = 30,000（元）

4. 对高新技术企业和科技型中小企业股权激励的个人所得税优惠政策

除了上述一般性的政策之外，国家专门针对高新技术企业和科技型中小企业转化科技成果实施的股权激励计划出台了专门的优惠政策。最初出台的《财政部 国家税务总局 科技部关于中关村国家自主创新示范区有关股权奖励个人所得税试点政策的通知》（财税［2014］63 号，下称“63 号文”）仅适用于中关村国家自主创新示范区；后来的《财政部、国家税务总局关于推广中关村国家自主创新示范区税收试点政策有关问题的通知》（财税［2015］62 号，下称“62 号文”）将 63 号文的政策推广到国家自主创新示范区、合芜蚌自主创新综合试验区和绵阳科技城（以下统称示范地区）施行；最后，《关于将国家自主创

新示范区有关税收试点政策推广到全国范围实施的通知》（财税［2015］116号，下称“116号文”）将原仅限于在国家自主创新示范区试点的优惠政策推广至全国范围实施。同时，国家税务总局发布了《国家税务总局关于股权奖励和转增股本个人所得税征管问题的公告》（国家税务总局公告2015年第80号，下称“80号公告”）就116号文政策的适用范围、计税价格的确定及备案手续办理等相关问题作出明确规定。下面笔者对它们进行介绍。

（1）116号文有关股权激励个人所得税优惠政策

根据116号文的规定，对全国范围内高新技术企业转化科技成果，以股份或出资比例等股权形式给予本企业相关人员的奖励，应按照以下规定计算缴纳个人所得税：

① 获得奖励人员在获得股权时，按照“工资薪金所得”项目，参照《财政部 国家税务总局关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》（财税［2005］35号）有关规定计算确定应纳税额，股权奖励的计税价格参照获得股权时的公平市场价格确定，但暂不缴纳税款；该部分税款在获得奖励人员取得分红或转让股权时一并缴纳，税款由企业代扣代缴。

② 获得奖励人员取得按股权的分红时，企业应依法按照“利息、股息、红利所得”项目计算扣缴个人所得税，并将税后部分优先用于扣缴获得奖励人员取得股权按“工资薪金所得”项目计算确定的应纳税额。

③获得奖励人员在转让股权时，对转让收入超出其原值的部分，按照“财产转让所得”项目适用的征免规定计算缴纳个人所得税；税后部分优先用于缴纳其取得股权按照“工资薪金所得”项目计算确定的应纳税额尚未缴纳的部分。

④自2016年1月1日起，全国范围内的高新技术企业转化科技成果，给予本企业相关技术人员的股权奖励，个人一次缴纳税款有困难的，可根据实际情况自行制定分期缴税计划，在不超过5个公历年度内（含）分期缴纳，并将有关资料报主管税务机关备案。

⑤股权奖励是指企业无偿授予相关技术人员一定份额的股权或一定数量的股份。高新技术企业是指实行查账征收、经省级高新技术企业认定管理机构认定的高新技术企业。相关技术人员，是指经公司董事会和股东大会决议批准获得股权奖励的以下两类人员：（a）对企业科技成果研发和产业化作出突出贡献的技术人员，包括企业内关键职务科技成果的主要完成人、重大开发项目的负责人、对主导产品或者核心技术、工艺流程作出重大创新或者改进的主要技术人员。（b）对企业发展作出突出贡献的经营管理人员，包括主持企业全面生产

经营工作的高级管理人员，负责企业主要产品（服务）生产经营合计占主营业务收入（或者主营业务利润）50%以上的中、高级经营管理人员。企业面向全体员工实施的股权奖励，不得按本通知规定的税收政策执行。

（2）80号公告有关股权激励个人所得税优惠政策的规定

80号公告主要是对116号文对股权奖励计征个人所得税作出了一些补充规定。根据财税［2005］35号的规定，股票期权形式的工资薪金应纳税所得额等于行权股票的每股市场价减去员工取得该股票期权支付的每股施权价之差乘以股票数量。由于116号文规定，“本通知所称股权奖励，是指企业无偿授予相关技术人员一定份额的股权或一定数量的股份”，因此80号公告中规定的员工取得股权奖励的工资薪金应纳税所得额，其公式应为：

员工取得股权奖励的工资薪金应纳税所得额＝获得股权时的公平市场价格×股票（股份）数量

如何确认上述公式中的公平市场价格就成为了关键，因此，80号公告明确规定，股权奖励的计税价格参照获得股权时的公平市场价格确定，具体按以下方法确定：（a）上市公司股票的公平市场价格，按照取得股票当日的收盘价确定。取得股票当日为非交易时间的，按照上一个交易日收盘价确定。（b）非上市公司股权的公平市场价格，依次按照净资产法、类比法和其他合理方法确定。

同时，80号公告还明确，“计算股权奖励应纳税额时，规定月份数按员工在企业的实际工作月份数确定。员工在企业工作月份数超过12个月的，按12个月计算。”需要注意的是，财税［2005］35号规定：“应纳税额＝（股票期权形式的工资薪金应纳税所得额÷规定月份数×适用税率－速算扣除数）×规定月份数”“公式中的规定月份数，是指员工取得来源于中国境内的股票期权形式工资薪金所得的境内工作期间月份数，长于12个月的，按12个月计算。”这两者规定有显著的不同，后者指的是取得来源于中国境内的股票期权形式工资薪金所得的境内工作期间月份数，后者指的是在企业的实际工作月份数，超过12个月的，按照12个月计算。同时，股票期权按照前述公式计算是有条件的，《国家税务总局关于个人股票期权所得缴纳个人所得税有关问题的补充通知》（国税函［2006］902号）规定：“员工接受雇主（含上市公司和非上市公司）授予的股票期权，凡该股票期权指定的股票为上市公司（含境内、外上市公司）股票的，均应按照财税［2005］35号文件进行税务处理。”《国家税务总局关于股权激励有关个人所得税问题的通知》（国税函［2009］461号）规定：“财税［2005］35号、国税函［2006］902号和财税［2009］5号以及本通知有关股权

激励个人所得税政策，适用于上市公司（含所属分支机构）和上市公司控股企业的员工，其中上市公司占控股企业股份比例最低为30%。”因此，只有上市公司（含所属分支机构）和上市公司控股企业的员工以及指定的股票为上市公司的股票，股票期权个人所得税才可以按照前述公式计算。但116号文和80号公告并没有规定这样的限制（只是规定按照财税［2005］35号有关规定计算确定应纳税额），这意味着，对于符合条件的高新技术企业，其股权奖励的个税政策已经放宽到与上市公司的股票期权激励政策一致。

（二）股权激励的企业所得税政策

企业实施股权激励计划除了可能涉及被激励对象的个人所得税之外，对于企业本身还可能涉及企业所得税的问题。有关规定主要是针对按照《管理办法》中规定的上市公司以本公司股票为标的而实施的股权激励计划的企业所得税处理。2012年5月，国家税务总局出台了《国家税务总局关于我国居民企业实行股权激励计划有关企业所得税处理问题的公告》（国家税务总局公告2012年第18号，下称“18号公告”），18号公告第二条规定：“上市公司依照《管理办法》要求建立职工股权激励计划，并按我国企业会计准则的有关规定，在股权激励计划授予激励对象时，按照该股票的公允价格及数量，计算确定作为上市公司相关年度的成本或费用，作为换取激励对象提供服务的对价。上述企业建立的职工股权激励计划，其企业所得税的处理，按以下规定执行：（一）对股权激励计划实行后立即可以行权的，上市公司可以根据实际行权时该股票的公允价格与激励对象实际行权支付价格的差额和数量，计算确定作为当年上市公司工资薪金支出，依照税法规定进行税前扣除。（二）对股权激励计划实行后，需待一定服务年限或者达到规定业绩条件（以下简称等待期）方可行权的。上市公司等待期内会计上计算确认的相关成本费用，不得在对应年度计算缴纳企业所得税时扣除。在股权激励计划可行权后，上市公司方可根据该股票实际行权时的公允价格与当年激励对象实际行权支付价格的差额及数量，计算确定作为当年上市公司工资薪金支出，依照税法规定进行税前扣除。（三）本条所指股票实际行权时的公允价格，以实际行权日该股票的收盘价格确定。”其第三条规定：“在我国境外上市的居民企业和非上市公司，凡比照《管理办法》的规定建立职工股权激励计划，且在企业会计处理上，也按我国会计准则的有关规定处理的，其股权激励计划有关企业所得税处理问题，可以按照上述规定执行。”

如何理解和适用上述规定，需要注意如下几个问题：

1. 明确股权激励支出可以作为“工资薪金”在企业所得税税前扣除

首先，18 号公告明确了股权激励所确认的支出允许作为“工资薪金”支出依照税法规定进行税前扣除的原则。根据《关于〈我国居民企业实行股权激励计划有关企业所得税处理问题公告〉的解读》（下称“《解读》”）第三、第四条的规定：

“三、企业实行职工股权激励计划，会计上认可的费用，企业所得税如何处理？

答：根据股权激励计划实行的情况，上市公司实行股权激励计划，实质上是通过减少企业的资本公积，换取公司激励对象的服务；或者说，公司是通过资本公积的减少，支付给激励对象提供服务的报酬。因此，根据《中华人民共和国企业所得税法》（以下简称税法）第八条规定，此费用应属于与企业生产经营活动相关的支出，应当准予在税前扣除。

四、企业实行职工股权激励计划所确认的支出，企业所得税确认为何性质的费用？

答：会计准则将上市公司实行股权激励计划换取激励对象的支出，认定为企业的营业成本。我们考虑，由于股权激励计划的对象是企业员工，其所发生的支出，应属于企业职工工资薪金范畴。”

从上述规定来看，税法上实质是将股权激励计划视为企业减少权益（资本公积）换取了公司激励对象的服务或劳务，该费用的性质视为支付给员工的工资薪金范畴。

【疑难问题 42－3】上市公司采用股票期权、限制性股票方式实施股权激励计划，上市公司并没有实质支付现金等，为什么可以企业所得税前扣除？

实践中，我国上市公司采用的股权激励方式主要包括股票期权、限制性股票和股票增值权三种类型。对于股票增值权而言，由于最终上市公司按照行权日与授权日二级市场股票的差价乘以授权股票数量，发放给被授予人现金。即是说，采用现金进行结算。这个时候相当于上市公司支付了成本，在企业所得税税前扣除比较好理解。但对于股票期权和限制性股票方式，上市公司并没有任何现金的流出，实质是上市公司权益的让渡，如何能够认定为上市公司确认成本或费用而在企业所得税税前扣除呢？

根据《解读》的解释，“上市公司实行股权激励计划，实质上是通过减少企业的资本公积，换取公司激励对象的服务；或者说，公司是通过资本公积的减少，支付给激励对象提供服务的报酬”，“根据《中华人民共和国企业所得税法》（以下简称税法）第八条规定，此费用应属于与企业生产经营活动相关的支

出，应当准予在税前扣除”。严格地讲，《解读》解释为“减少企业的资本公积”并不准确，因为从《股份支付会计准则》的规定来看，在等待期的每个资产负债表日的会计处理是借：管理费用，贷：资本公积（其他资本公积），行权日是借：资本公积（其他资本公积），贷：股本、资本公积（股本溢价）。因此，股权激励计划的本质是上市公司通过股份支付换取了员工的劳动或劳务，可以采用“交易分解”理论理解为：上市公司先支付了现金给员工，员工再将现金投入到上市公司中换取了股票。将前述两笔分录合并之后也可以体现出来。即，借：管理费用，贷：股本、资本公积（股本溢价）。[①] 事实上，员工可以折价认购股票或限制性股票，其原因正在于他们为公司提供了劳动或劳务，提供了劳动或劳务就应该取得相应的报酬，只不过该报酬直接体现在折价获得股票中而已。从这个逻辑上讲，与股东投入固定资产可以提取折旧税前扣除的道理是一致，即是说上市公司股权激励确认的支出可以作为成本或费用在税前扣除。

2. 明确股权激励支出在企业所得税税前扣除的前提条件

根据18号公告的规定：“上市公司依照《管理办法》要求建立职工股权激励计划，并按我国企业会计准则的有关规定，在股权激励计划授予激励对象时，按照该股票的公允价格及数量，计算确定作为上市公司相关年度的成本或费用，作为换取激励对象提供服务的对价”。这实际是明确了股权激励支出可以在企业所得税税前扣除的前提条件。包括如下两个条件：

（1）公司按照《管理办法》要求建立职工股权激励计划

实践中，很多公司在上市前股改时，对高管或核心技术人员实施股权激励，主要采用两种方式：一是，大股东将其持有的公司股份以较低价格转让给高管、核心技术人员；二是，高管、核心技术人员以较低的价格向公司增资。事实上，尽管18号公告第三条明确非上市公司满足条件的可以执行18号公告，但实践中的很多股权激励计划并没有比照《管理办法》的规定规范建立职工股权激励计划。即是说，非上市公司实施的股权激励计划，在形式上必须要符合《管理办法》的规定。比如《管理办法》规定，上市公司授予激励对象限制性股票，应当在股权激励计划中规定激励对象获授股票的业绩条件、禁售期限。但如果非上市公司在上市前，突击进行股权激励，并没有规定什么业绩条件，授予的股份也未规定禁售期。此类情形，财政部《企业会计准则解释第4号》以及证监会都要求拟上市公司按《股份支付会计准则》的规定进行核算，即使在会计

---

① 笔者注：根据我国《公司法》的相关规定，劳务不得用于出资。尽管如此，这并不妨碍我们在所得税法上对股权激励交易进行理论分析并构建相应税法规则。

上按《股份支付会计准则》进行了会计核算，但由于不符合《管理办法》规定，也不能适用18号公告的规定。

（2）公司按照我国会计准则的规定进行会计处理

简单地讲，不论是上市公司或者是非上市公司，会计处理上都必须按照我国会计准则（《股份支付会计准则》）以及相关会计法规的规定进行会计处理。根据《股份支付会计准则》的规定，股份支付，是指企业为获取职工和其他方提供服务或商品而授予权益工具或者承担以权益工具为基础确定的负债的交易。股份支付分为以权益结算的股份支付和以现金结算的股份支付。需要注意的是，《股份支付会计准则》涵盖的范围要远远大于18号公告的内容。18号公告规范的只是股权激励这一种情况的所得税处理问题，且这种股权激励要符合《管理办法》的规定。因此，对于公司为获取其他方（非员工）提供服务或商品而授予权益工具或者承担以权益工具为基础确定的负债交易行为，虽然按《股份支付会计准则》进行会计核算，但不属于18号公告规范的税收处理范围。

（3）明确股权激励支出在何时进行企业所得税税前扣除

根据《解读》第五条的解释：

"五、企业实行职工股权激励计划所确认的支出，企业所得税在何时确认为企业的工资薪金支出？

答：企业会计准则规定，上市公司股权激励计划一旦开始实施，其估计的金额将计入成本费用。会计准则之所以做出这一规定，主要是基于受益原则和成本配比原则。即从授予开始，员工开始提供服务，该服务的成本就应记入企业成本费用。

而根据税法实施条例第34条规定，企业工资薪金支出，必须是每年度'支付'的。而上市公司实行股权激励计划，是设定一定条件的，在实施过程中，有可能满足不了；况且股市发生变化，也可能影响行权（如授予价高于行权时的股票市场价格，现实中有许多公司出现这种情况），这种不确定性的成本费用，税法不允许当时就给予扣除。因此，根据税法的规定，这种费用，应在激励对象行权时给予扣除。

此外，根据我国个人所得税法的有关规定，对个人取得股权激励计划标的物，在计算个人所得税时，也是依据个人实际行权时，确认为个人所得，且也是作为个人工资薪金项目征税。因此，个人确认收入，与企业确认成本费用，形成相互匹配。"

从《解读》的解释来看，在激励对象实际行权的年度，上市公司方可根据

该股票实际行权时的公允价格与当年激励对象实际行权支付价格的差额及数量，计算确定作为当年上市公司工资薪金支出，依照税法规定进行税前扣除。简单地讲，就是激励对象在哪个年度缴纳个人所得税，上市公司就在哪个年度确认工资薪金支出在企业所得税税前扣除。

（4）明确股权激励支出在企业所得税税前扣除金额的计算方法

18 号公告明确股权激励支出作为“工资薪金”费用在税前扣除金额的计算方法。根据 18 号公告以及《解读》第六条的规定：

“六、企业实行职工股权激励计划，其费用支出如何计算确定，并在税前扣除？

答：在税务处理上，由于税法规定的企业工资福利费，是按实际支付日确定作为成本费用，同时不考虑市场波动等因素。因此，在确认企业建立的职工股权激励计划作为工资薪金扣除时，是按职工实际行权时该股票的公允价格与职工实际支付价格的差额和行权数量确定。这种确认方式与个人所得税保持一致。”

因此，在股权激励计划实际行权后，上市公司方可根据该股票实际行权时的公允价格与当年激励对象实际行权支付价格的差额及数量，计算确定作为当年上市公司工资薪金支出，依照税法规定进行税前扣除。

【疑难问题 42－4】上市公司采用股票期权、限制性股票方式实施股权激励计划，上市公司如何确定税前扣除金额？

从 18 号公告的规定来看，上市公司实施股权激励计划时企业所得税税前扣除金额的确定贯彻了一个基本原则。即，行权个人的应纳税所得额是多少，则上市可以在企业所得税税前扣除的金额即是多少。这可以从“在确认企业建立的职工股权激励计划作为工资薪金扣除时，是按职工实际行权时该股票的公允价格与职工实际支付价格的差额和行权数量确定。这种确认方式与个人所得税保持一致”的解释中体现出来。因此，一般情况下，个人确认的个人所得税的应纳税所得额应与上市公司企业所得税税前扣除的费用金额保持一致。

上述一般原则对于“股票期权”和“股票增值权”两种激励方式可以很好地适用，但对于“限制性股票”则并非如此。因为，根据 461 号文的规定，应纳税所得额＝（股票登记日股票市价＋本批次解禁股票当日市价）÷2×本批次解禁股票份数－被激励对象实际支付的资金总额×（本批次解禁股票份数÷被激励对象获取的限制性股票总份数），如我们在【例 42－2】中第（1）种情形所述，甲应纳税所得额为 30,000 元，但此时，A 公司确认的工资薪金费用＝

（10－4）×10,000＝60,000（元），两者相差30000万元。其原因在于，一般情况下，“股票登记日市价”并不与“本批次解禁股票当日市价”保持一致。在本例中，由于前者（4元）小于后者（10元），因此导致计算出来的甲个人所得税应纳税所得额将小于A公司确认的企业所得税上确认的工资薪金费用。

因此，笔者认为，在限制性股票问题上，461号和18号公告并没有很好地进行衔接，上市公司不能超过个人所得税应纳税所得额而进行税前扣除。

（5）明确符合条件的非上市公司股权激励可以享受政策

18号公告明确了符合条件的我国境外上市的公司以及非上市公司可以执行。即，在我国境外上市的居民企业和非上市公司，凡比照《管理办法》的规定建立职工股权激励计划，且在企业会计处理上，也按我国会计准则的有关规定处理的，其股权激励计划有关企业所得税处理问题，可以按照上述规定执行。在适用时，我们需要注意如下问题：

①将境外上市公司也纳入18号公告范围是考虑到中国有很多国有、民营企业在境外上市，它们实施股权激励，也应该可以享受同样的扣除政策。但是，相对于国内上市公司的股权激励而言，存在一个问题，即是境内部分国有企业，特别是大部分民营企业都是在境外采用的“红筹上市”模式。实际在境外上市的公司是在离岸法域（譬如，百慕大、开曼群岛）设立的“特殊目的载体”（SPV），而员工则是在境内企业工作，股权激励采用的股票是SPV的股票，这里就存在集团间股权激励的所得税扣除问题。这个问题，18号公告并没有明确规定。比如，很多在中国设立的外资企业给境内员工股权激励，激励的股票是境外上市公司股票。此时，境内企业需要向境外支付这部分激励费用。但这个费用在现行外汇管理制度下，没有合适的名目对外付汇。而且，这个款项即使支付了，由于涉及的是集团间股份支付，如何进行企业所得税扣除也不确定。另外有些集团间股权激励，境内公司是不需要支付对价的。这个问题笔者将在下文进一步讨论。

②非上市公司实行股权激励，在被激励对象个人所得税上，不能比照财税［2005］35号规定执行，因为这个文件只适用上市公司。同时，适用非上市公司的国家税务总局《关于阿里巴巴（中国）网络技术有限公司雇员非上市公司股票期权所得个人所得税问题的批复》（国税函［2007］1030号）在2011年已经废止。因此，非上市公司实行股权激励，应当适用国税发［1998］9号文的规定，在行权当日直接将应纳税所得额计入当月工资、薪金合并纳税。

（6）明确股权激励未行权或被终止时的财税处理

18 号公告的《解读》还解释了股权激励未行权或被终止时如何进行财税处理的问题。其解释到，如果股权激励计划到期，职工没有按照规定行权，以前作为上市公司成本费用的，要进行调整，冲回成本和资本公积。实际上，这意味着：一是，到期时股权为虚值期权，员工肯定不会行权；二是，上市公司作废股权激励计划。《解读》解释到以前作为上市公司成本费用的，要进行调整，冲回成本和资本公积，但这只影响会计处理，不影响税务处理。因为，税务上只有在实际行权时，才能确认成本费用扣除，行权前会计确认费用时并没有进行税前扣除。因此，后期作废只是会计上的调整，不影响税收后果。

三、集团股权激励模式下的所得税问题

如前所述，在外资集团公司或者境内企业境外红筹上市架构中，实施的股权激励采用的是境外 SPV 的股票，而激励对象往往属于在境内企业就职的员工，这个时候境内企业并不对境外的 SPV 支付任何对价。这即是我们通常所称的“集团股权激励”模式。18 号公告第三条明确规定：“我国境外上市的居民企业和非上市公司，凡比照《管理办法》的规定建立职工股权激励计划，且在企业会计处理上，也按我国会计准则的有关规定处理的，其股权激励计划有关企业所得税处理问题，可以按照上述规定执行。”18 号公告的《解读》也解释到“目前，有关部门仅对在我国境内上市的公司建立的职工股权激励计划作出具体规定和要求，但考虑到一些在我国境外上市的公司以及非上市公司，也依照上市公司的做法，建立职工股权激励计划，为了体现税收政策的公平性，《公告》中规定，对这些公司，如果其所建立的职工股权激励计划，是参照上市公司的做法建立的，也可以按照上市公司的税务处理办法进行企业所得税处理”。这是否意味着 18 号公告就可以解决前述的集团股权激励的所得税问题呢？应该讲，18 号公告确定了原则上可以扣除的基调，但如何进行处理并不明晰。从理论和实践来看，需要解决如下几个问题：

问题一：集团股权激励模式的经济实质是什么？

问题二：集团股权激励模式如何进行会计处理？

问题三：集团股权激励模式如何进行所得税税务处理？

（1）子公司员工取得母公司授予的激励股票应如何纳税？

（2）母公司还是子公司应确认股权激励支出并作为“工资薪金”在税前扣除？

（3）在子公司未支付任何对价的情况下，母公司和子公司如何进行所得税税务处理？

只有这三个问题从理论和实务中都处理好后，才能真正解决集团股权激励模式下的所得税问题。让我们逐一来进行分析：

（一）集团股权激励模式的经济实质是什么？

实践中，之所以会出现集团股权激励模式，主要是母公司（上市公司或者境外非上市公司）以子公司员工为被激励对象而实施，其显著的特点是子公司并不需要向母公司支付对价，其可能的原因在于，母公司属于上市公司或境外非上市公司，激励股票便于变现和流通，并且其公允价值比较好确定和计量，便于股权激励操作。根据《管理办法》第二条规定："本办法所称股权激励是指上市公司以本公司股票为标的，对其董事、监事、高级管理人员及其他员工进行的长期性激励。上市公司以限制性股票、股票期权及法律、行政法规允许的其他方式实行股权激励计划的，适用本办法的规定。"该规定强调的是"以本公司股票为标的"的结算行为才属于其规定的股权激励。同时，18 号公告亦采用了《管理办法》对股权激励的定义，同样强调上市公司以本公司股票为标的。那么，实践中，母公司为什么要"无偿"地为子公司员工提供股权激励呢？笔者认为，要认识这个问题必须站在"集团"的观点来审视"经济实质"。尽管子公司是接受员工提供服务、劳动或劳务的对象，并且员工创造的价值和收入亦归属于接受服务的子公司，但从最终经济利益归属和实质来看，母公司作为控股股东或实际控制人属于实质受益人，从这个角度来分析，子公司不支付"形式"对价并无不妥，亦可以理解。

（二）集团股权激励模式如何进行会计处理？

对于集团股权激励模式下的会计处理，我国会计政策已经予以明确。主要包括如下三个方面的内容：

1. 个别财务报表层面的会计处理

根据财政部于 2010 年 7 月 14 日颁布的《企业会计准则解释第 4 号》（财会［2010］15 号，下称"《解释第 4 号》"）第七条的规定：

"七、企业集团内涉及不同企业的股份支付交易应当如何进行会计处理？

答：企业集团（由母公司和其全部子公司构成）内发生的股份支付交易，应当按照以下规定进行会计处理：

（一）结算企业以其本身权益工具结算的，应当将该股份支付交易作为权益

结算的股份支付处理；除此之外，应当作为现金结算的股份支付处理。

结算企业是接受服务企业的投资者的，应当按照授予日权益工具的公允价值或应承担负债的公允价值确认为对接受服务企业的长期股权投资，同时确认资本公积（其他资本公积）或负债。

（二）接受服务企业没有结算义务或授予本企业职工的是其本身权益工具的，应当将该股份支付交易作为权益结算的股份支付处理；接受服务企业具有结算义务且授予本企业职工的是企业集团内其他企业权益工具的，应当将该股份支付交易作为现金结算的股份支付处理。

……”

上述规定实际包含如下几个方面的涵义：

（1）第（一）项第一段明确了股份支付会计处理的性质判定问题。结算企业以其本身权益工具结算的，应当将该股份支付交易作为权益结算的股份支付处理；除此之外，应当作为现金结算的股份支付处理。这个规定中的“结算企业”既包括接受服务企业（子公司）（参见第（二）项第一段第一句话规定），也包括其母公司。该规定意指，不论结算企业是任一企业，只要以本身权益工具结算的，一律作为权益结算的股权支付处理，否则作为现金结算的股份支付处理；

（2）第（一）项第二段规定明确了结算企业是接受服务企业的投资者（母公司）时，母公司的会计处理问题。结算企业是接受服务企业的投资者（母公司）的，应当按照授予日权益工具的公允价值或应承担负债的公允价值确认为对接受服务企业的长期股权投资，同时确认资本公积（其他资本公积）或负债。该规定意指，尽管子公司并没有支付“形式上”的股权对价，但母公司基于经济实质视为对子公司的“资本投入”而增加对子公司的长期股权投资，同时确认公积（其他资本公积）或负债。当然，如果属于权益结算的则计入资本公积（其他资本公积），如果属于现金结算的，则计入负债（应付职工薪酬——股份支付）；

（3）第（二）项明确了接受服务企业（子公司）的会计处理问题。子公司没有结算义务或授予本企业职工的是其本身权益工具的，应当将该股份支付交易作为权益结算的股份支付处理；子公司具有结算义务且授予本企业职工的是企业集团内其他企业权益工具的，应当将该股份支付交易作为现金结算的股份支付处理。该规定分别明确了两种情形下如何进行会计处理：一是，子公司没有结算义务或授予本企业职工的是其本身权益工具的，前者视为母公司对子公

司的“资本投入”（增加其对子公司的长期股权投资），应在行权后形成子公司的资本公积（溢价）。后者以本身权益工具结算的，显然属于权益结算的股份支付；其二，子公司具有结算义务，但使用的是企业集团内其他企业权益工具的，由于其本身并没有发行权益工具，所以即使使用的是其他企业权益工具，但依然视为现金结算。

2. 合并财务报表层面的会计处理

合并财务报表所要反映的内容是集团会计主体授予职工权益结算或现金结算的股份支付的结果。具体处理原则如下：

（1）当结算企业（母公司）以其本身权益工具结算，接受服务企业（子公司）没有结算义务时，合并财务报表将该项交易视为一项权益结算的股份支付，需要抵消母公司个别财务报表中的长期股权投资，同时抵消子公司个别财务报表中的资本公积；

（2）当结算企业（母公司）不以其本身权益工具结算，接受服务企业（子公司）没有结算义务时，合并财务报表将该项交易视为一项现金结算股份支付，抵消分录中需要抵消母公司个别财务报表中的长期股权投资，同时抵消子公司个别财务报表中的资本公积，差额调整管理费用。

3. 存在集团内部结算的会计处理

实践中，存在结算企业（母公司）在将自身权益工具授予接受服务企业（子公司）员工的同时，要求接受服务企业（子公司）进行对应结算，结算金额通常是以授予日权益工具的内含价值或发行日权益工具的市场价值进行确定。部分观点认为，如果发生此类情形，相当于接受服务企业具有结算义务，故接受服务企业应将交易确认为现金结算的股份支付。

笔者认为，判断一项交易属于权益结算还是现金结算，关键要看主体以何种方式向员工履行结算义务，而非主体是否需要向提供结算义务一方进行对应结算。《国际财务报告准则实务指引第十二章——以股份为基础的支付》对此问题的论述是：“当母公司要求子公司进行结算且该结算与股份支付具有明确的对应关系时，在收取金额未超过投资成本的范围内，母公司应将其收取款项冲抵资本性投入金额；收取金额超过投资成本的部分应视为子公司对母公司的分配。”显然，主体间的结算是对投资成本的后续调整，与股权激励类型的确定并无关系。《解释第4号》并无主体间结算如何处理的具体规定，此外，对子公司是否需要预先估计结算金额并进行预计负债的披露，员工在集团内各主体间移动是否重新计量权益工具的公允价值以及股份支付是否影响中间控股公司等，

都没有提供适用规则，仅在 2012 年由中国证券监督管理委员会会计部主编的《上市公司执行企业会计准则案例解析》[①] 一书中，通过案例分析的方式，针对个别问题提出了编者的倾向性意见，并不具有法律效力。建议后续政策能够及时反映股份支付的最新动向并充分借鉴《国际财务报告准则第 2 号——以股份为基础的支付》（IFRS2）、《国际财务报告准则实务指引第十二章——以股份为基础的支付》等相关内容，出台针对集团股份支付的具体政策。限于本书篇幅，笔者不再详细讨论。

（三）集团股权激励模式如何进行所得税税务处理？

要解决这个问题，我们需要细分解决如下三个问题：

1. 子公司员工取得母公司授予的激励股票应如何纳税？

应该说，此问题在财税［2005］35 号、国税函［2006］902 号、财税［2009］5 号以及国税函［2009］461 号等税收文件之下已经基本得以解决。即，员工在股权激励中取得的所得应按“工资薪金”缴纳个人所得税。在集团股权激励模式下，唯一需要解决的问题是，员工取得的并不是其服务的公司的股票，而是其母公司的股票，是否能够适用前述规定。国税函［2009］461 号第七条第一款和 2011 年第 27 号公告共同规定，财税［2005］35 号、国税函［2006］902 号和财税［2009］5 号以及本通知有关股权激励个人所得税政策，适用于上市公司（含所属分支机构）和上市公司控股企业的员工，其中上市公司占控股企业股份比例最低为 30%。间接持股比例，按各层持股比例相乘计算，上市公司对一级子公司持股比例超过 50% 的，按 100% 计算。因此，对于子公司员工而言，其取得哪个公司授予的股票并不影响其纳税义务的发生。

2. 母公司还是子公司应确认股权激励支出并作为“工资薪金”在税前扣除？

在理论和实践中，这个问题颇具争议。主要有如下两种观点：

观点一：在 18 号公告并未明确的情况下，暂按照企业财务会计规定处理

该观点援引原《国家税务总局关于做好 2009 年度企业所得税汇算清缴工作的通知》（国税函［2010］148 号）[②] 第三条“有关企业所得税纳税申报口径”

---

① 《上市公司执行企业会计准则案例解析》，中国证券监督管理委员会会计部主编，中国财政经济出版社，2012 年 10 月第 1 版，第 17－20 页。

② 笔者注：国税函［2010］148 号已被《国家税务总局关于发布〈中华人民共和国企业所得税年度纳税申报表（A 类，2014 年版）〉的公告》（国家税务总局公告 2014 年第 63 号）全文废止，但后者依然保留了类似的规定。

规定："根据企业所得税法精神，在计算应纳税所得额及应纳所得税时，企业财务、会计处理办法与税法规定不一致的，应按照企业所得税法规定计算。企业所得税法规定不明确的，在没有明确规定之前，暂按企业财务、会计规定计算。"即是说，在18号公告未明确规定的情况下，按照《股份支付准则》以及《解释第4号》有关会计处理的规定计算。

观点二：接受服务企业作为工资薪金支出税前扣除

该观点认为，由于被激励对象非属结算企业（母公司）任职受雇员工，故该项支出属于与结算企业（母公司）取得收入无关的支出，不得在结算企业（母公司）扣除，而应作为接受服务企业（子公司）的工资薪金支出税前扣除。其理由在于，按照权责发生制与成本配比原则以及"谁受益，谁负担"的会计原则，由接受服务企业（子公司）税前扣除是合理的。

笔者认为，上述两种观点皆有不妥之处。

对于第一种观点，其一概采用税法未规定的，以财务、会计为准的规定会导致成本费用扣除混乱和虚增股权投资（计税基础）的情形出现。因为，如果结算企业（母公司）以本身权益工具结算的，其会计处理为借：长期股权投资，贷：资本公积（其他资本公积），子公司会计处理为借：管理费用，贷：资本公积（其他资本公积）。我们可以发现，此时实际是子公司进行了税前扣除；如果结算企业（母公司）非以本身权益工具结算（比如，股票期权下净值结算或以集团内部其他企业的权益工具结算）的，其会计处理为借：长期股权投资，贷：应付职工薪酬（股份支付），子公司会计处理为借：管理费用，贷：资本公积（其他资本公积）。我们可以发现，此时实际是母公司增加了长期股权投资的成本并未进行税前扣除，而实际依然是子公司进行了税前扣除；如果属于接受服务企业（子公司）具有结算义务，授予的是母公司权益工具的，母公司不需要做账务处理，子公司会计处理为借：管理费用，贷：应付职工薪酬（股份支付）。此时依然是子公司进行了税前扣除。当然，从目前的会计规定来分析，三种情形下实质都是子公司进行了税前扣除。其主要的问题在于，笔者认为，结算企业属于母公司的情形下，真实发生结算和支出的是母公司，但按照会计处理则实际由子公司进行了成本费用的扣除，这显然违背了企业所得税法一贯遵循的成本费用扣除原则——"谁支付，谁扣除"原则。

对于第二种观点，笔者认为，其存在的问题在于：一是，接受服务企业（子公司）没有真实地结算和支付；二是，结算企业（母公司）真实发生了结算和支出，虽然被激励对象非属本企业任职受雇员工，但应考虑集团股权激励

的特殊性，员工不仅为接受服务企业（子公司）员工，同时实质也为“集团”员工，是结算企业（母公司）在以本企业股票为标的对集团内部员工进行的长期性激励，这种逻辑符合集团股权激励的实质；三是，在母公司并未真实对子公司进行投资，尽管会计处理上基于经济实质增加了对子公司的长期股权投资，但其税法上的股权计税基础应当依据《企业所得税法实施条例》第五十六条、第七十一条有关企业取得资产以历史成本为计税基础的规定，虚增了股权的计税基础。

综上所述，笔者认为，对于集团股权激励模式下股权激励支出应遵循“谁支付，谁扣除”的原则来确定税前扣除主体。其原则如下：

（1）结算企业向接受服务企业员工结算，且接受服务企业无需内部结算（或支付对价）的股权激励，由结算企业扣除股权激励成本费用，接受服务企业不得重复扣除；

结算企业以自身权益工具结算的，结算企业应将该项交易作为权益结算股权激励。结算企业应于员工行权时按照股票的收盘价格与员工实际行权支付价格之差乘以行权股票数量，确认为结算企业的工资薪金支出，予以税前扣除。

结算企业以非自身权益工具结算的，应区分不同情况确认结算企业的工资薪金支出，予以税前扣除：

① 若结算企业以现金净值结算的，税前扣除金额即为实际结算的现金总额；

② 若结算企业以其持有的集团内其他企业权益工具结算的，应以员工行权时其他企业股票的收盘价格与员工实际行权支付价格之差乘以行权股票数量确认税前扣除金额。

（2）结算企业属于接受服务企业投资者的情形并不影响前述第（1）条的适用。尽管会计处理上，结算企业增加长期股权投资成本，但在税法上，并不调增其股权的计税基础。

（3）接受服务企业需要向结算企业进行对应结算的股权激励，由接受服务企业扣除股权激励成本费用，结算企业不得重复扣除。

接受服务企业向结算企业的结算应视同实际支付对价购买结算标的股票并向自身员工进行股权激励。在会计处理上，按照现金结算的股份支付处理。税法上，应视为实质产生了股权激励支出，允许接受服务企业按照为获取结算企业的结算而实际支付的金额作为工资薪金支出在税前扣除。对于结算企业，由于已取得结算标的股票的补偿，因此并未发生实际支出，不得扣除股权激励的成本费用。

3. 在子公司未支付任何对价的情况下，母公司和子公司如何进行所得税税务处理？

对于此问题，读者可以发现，我们实质已经在上述第二个问题中一并讨论了。事实上，这两个问题本身也是密不可分的。其核心的问题还是在于第二个问题的解决。

当然，需要说明的是，在第二个问题讨论中，笔者的观点仅仅是“一家之言”。事实是，实践中上述的第二种观点亦是一种主流的观点。该观点依然是站在与会计处理相同的立场来进行分析。即，按照经济实质，母公司结算的，增加其对子公司的长期股权投资，同时增加股权的计税基础。因此，在税法上，亦认为可以参照后续出台的《国家税务总局关于企业所得税应纳税所得额若干问题的公告》（国家税务总局公告2014年第29号，下称“29号公告”）第二条的规定“企业接收股东划入资产（包括股东赠予资产、上市公司在股权分置改革过程中接收原非流通股股东和新非流通股股东赠予的资产、股东放弃本企业的股权，下同），凡合同、协议约定作为资本金（包括资本公积）且在会计上已做实际处理的，不计入企业的收入总额，企业应按公允价值确定该项资产的计税基础”处理。即是说，子公司用母公司股票激励自己的员工，但并没有向母公司支付任何对价，可以看成是母公司对子公司的一个“资本投入”行为，子公司取得母公司股权作为接受投资处理，不需要确认所得缴纳企业所得税。既然子公司作为接受投资处理，母公司就作为投资行为处理，增加对子公司长期股权投资的计税基础。在这种处理方式下，会计处理和税法处理是保持一致的。从这个意义上讲，前述第二种观点的处理方式也不无道理。但需要注意的是，由于母公司股权计税基础进行了调增，则以后其转让持有的子公司股权时将减少股权转让所得，将减少国家的税收。

下面，笔者以一个例子来展开说明和讨论：

【例42－3】集团股权激励模式下，如何进行财税处理？

假定，A公司系在深圳交易所上市交易的一家上市公司，B公司系一家股份有限公司，A公司持有100%的B股权。A公司于2011年1月1日推出了一项集团股权激励计划，由A公司作为结算方向B公司高级管理人员100人每人授予1000份股票期权，行权价格为5元/股，每份期权在授予日的公允价值为18元。该期权计划分2年行权，每年末的行权条件为：以B公司2010年度净利润为基准，未来2年每年末净利润增长率分别达到10%和20%。

2011年末B公司净利润增长率为12%，预计2012年末净利润增长率为

24%。

2011 年，有 10 名管理人员离开企业，预计还将离职 6 名。

2012 年末公司净利润增长率为 21%，当年有 8 名管理人员离开企业。

2013 年 3 月 1 日，82 名高管全部行权，行权当天 A 公司定向增发 82000 股普通股，当日股票收盘价格为 17 元/股。

【解析】

1. A 公司（结算企业）和 B 公司（接受服务企业）的会计处理

A 公司以自身权益工具进行结算，应作为权益结算股份支付处理。同时，A 公司为 B 公司投资者，因此根据《股份支付会计准则》和《解释第 4 号》第七条的规定，A 公司应在等待期内的每个资产负债表日按照权益工具的公允价值增加对 B 公司的长期股权投资。B 公司没有结算义务，应作为权益结算股份支付处理。有关计算和会计处理如下表：

2011 年 12 月 31 日（A 公司）	2011 年 12 月 31 日（B 公司）
借：长期股权投资　756000［（100－10－6）×1000×18×1/2］ 贷：资本公积——其他资本公积 756000	借：管理费用　756000 贷：资本公积——其他资本公积 756000
2012 年 12 月 31 日（A 公司）	2012 年 12 月 31 日（B 公司）
借：长期股权投资　720000［（100－10－8）×1000×18－756000］ 贷：资本公积——其他资本公积 720000	借：管理费用　720000 贷：资本公积——其他资本公积 720000

2. A 公司（结算企业）和 B 公司（接受服务企业）的税务处理

（1）如果税法上采用在 B 公司税前扣除的观点，则：

2013 年员工实际行权时，B 公司可确认工资薪金支出＝（17－5）×1000×82＝984000（元）。同时，A 公司对 B 公司股权的计税基础调增金额＝756000＋720000＝1476000（元）。相当于 A 公司无偿对 B 公司的资本投入（投入资产为 A 公司股票），B 公司对员工进行结算发生支出对待。

（2）如果税法上采用“谁支付，谁扣除”的观点，则：

2013 年员工实际行权时，A 公司可确认工资薪金支出＝（17－5）×1000×82＝984000（元）。但 A 公司对 B 公司股权的计税基础保持不变，即是说 A 公司 2011 年和 2012 年会计上核算的长期股权投资成本税法不予认可。同时，B 公司未发生任何实际支出，等待期 2011 年和 2012 年会计上核算的成本费用（“管

理费用”）不允许税前扣除，应做纳税调增处理。

从上述可以看出，从税法角度，不论是在A公司或是在B公司进行税前扣除，其扣除总额始终是恒定的，并不会导致国家税收的流失。其区别在于，A公司对B公司股权的计税基础是否进行调增以及是否减少股权转让所得的问题。

3. B公司向A公司结算的财税处理

假定，本例子中，A公司要求B公司在高管行权当天进行结算，结算金额为行权日A公司股票的收盘价与B公司高管行权价之差，即984000元。此时，在会计处理上，A公司收到的价款应直接冲减长期股权投资成本，B公司支付的价款应直接冲减资本公积984000元。在税务处理上，A公司收到的结算价款并不影响其损益，无需进行所得税纳税调整；B公司应按照实际支付的金额984000元作为工资薪金支出税前扣除。

如果假设行权当日A公司股票的收盘价为25元/股，则B公司需要结算的金额为1640000元［（25－5）×1000×82］，结算金额超过长期股权投资账面价值的部分为164000元（1640000－1476000），该部分金额应视同B公司的利润分配，A公司在收到利润分配时应计入投资收益，B公司则应减少未分配利润。

由于行权日股票的收盘价格上升会导致所得税确认的费用金额增加，B公司实际结算金额与税法确认的费用金额相等，均为1640000元，故A公司会计上核算的投资收益164000元税法不予确认，需要进行纳税调减。B公司应按照实际结算金额1640000元作为工资薪金支出税前扣除。

四、股权激励中持股平台模式下的所得税问题

在实践中，基于各种原因，被激励对象往往并不直接持有激励股权，而是通过设立有限公司或者合伙企业等代持股平台来持有激励股权。那么，此时如何进行所得税处理呢？这是我国目前有关股权激励的税收文件都没有明确的事情，在实践中也颇多争议，特别是在有限公司作为持股平台时更是如此。其主要的争议在于，是否需要在股权激励实施时“穿透”或“否定”持股平台而对被激励对象个人直接征收个人所得税。下面，笔者分别就两种持股平台进行分析：

（一）公司持股平台下的所得税税务处理

1. 股权激励实施环节的所得税

对于公司持股平台行权持有的激励股权时，是否对被激励对象征收个人所得税，显然财税［2005］35号、国税函［2006］902号、财税［2009］5号以及

国税函［2009］461 号等税收文件并没有予以明确。实践中主要存在两种观点之争：

观点一：从实质上看，公司持股平台是被激励对象为持有激励股权而组建设立，其唯一的目的在于间接持有实施激励计划公司的股权，其本身并无其他任何经营活动。因此，从个人所得税的视角，应采“实质重于形式”原则，否定“持股公司”的平台法律形式而“穿透”直接对被激励对象个人征收个人所得税。

观点二：由于持股公司投入认购资金时，属于对实施激励计划公司的增资行为或者股权收购行为，此时不应对持股公司征税，也不应否定持股公司的法律形式而对被激励对象个人征税。

笔者认同观点二的立场。主要的理由在于：

（1）我国的个人所得税法并没有一般反避税条款，相关的上述政策文件亦没有明确的针对持股公司平台时的处理规定，如果直接否定持股公司平台的法律形式，可能面临“执法无据”的境地；

（2）直接“穿透”持股公司平台对被激励对象个人征税，在实践中并不好操作，并将导致税务管理复杂化。因为，如果对个人征税后，则必然需要将个人持有的持股公司的股权的原值调增，同时，实施激励计划的公司按照 18 号公告确认工资薪金费用税前扣除。问题在于，此时持股公司平台持有的实施激励计划公司的股权的计税基础是否调增？按照道理除非认为公司持股平台增资时属于不公允增资，需要对不公允价值部分计征企业所得税时，才可以调增其对实施激励计划公司股权的计税基础。正如我们在本书专题 2：“不公允增资的所得税问题”中所阐述的那样，实质上这个时候涉及所得税的并不是公司持股平台，而应该是实施激励公司的原股东，即是说应对原股东视为股权转让处理。类似地，如果股权激励计划采用原股东低价转让部分股权亦是如此，此时，显然应对原股东适用核定征税，原股东确认所得后调增公司持股平台持有的股权的计税基础。显然，这样的处理方式将使得所得税税务处理显得复杂且无法律依据；

（3）如果股权激励实施时直接对个人股东征税，即否定公司持股平台的法律形式。那么，基于一致性原则，则以后实施股权激励分配股息、红利时，也应视公司持股平台为“透明体”，直接对被激励对象个人征收个人所得税。当然基于企业所得税法就居民企业之间的股息红利免税而言，税负并无实质区别；

（4）最后，如果被激励对象个人转让持有的持股公司平台股权或者持股公

司平台清算时，税务处理是参照合伙企业的税法规定处理或者依然按照公司清算的税法规则处理，这都是需要研究的难题；

（5）如果将公司持股平台视为“透明体”，则实质与合伙企业无异，这样的税务处理将完全颠覆企业所得税独立法人主体纳税的原则，从而导致会计处理和税务处理的差异化增加。

综上所述，笔者认为，基于目前个人所得税法以及股权激励有关个税规定来看，并不宜直接“穿透”或“否定”公司持股平台的法律形式，直接对被激励对象个人征收个人所得税。可以采用的处理方式是，递延到在被激励对象转让其持有的公司持股平台股权时征税。如果采用公司持股平台转让的，则直接对持股平台征税。笔者以如下示例来进行说明：

【例 42－4】被激励对象通过公司持股平台方式时，如何进行所得税处理？

假定，A 公司系在深圳交易所上市交易的一家上市公司。A 公司于 2013 年 1 月 1 日推出了一项股票期权计划，向其高级管理人员 30 人每人授予 1000 份股票期权，行权价格为 5 元/股，每份期权在授予日的公允价值为 10 元，并设定了行权条件等要求。2014 年行权日 A 公司普通股收盘价格为 15 元/股。实际操作中，A 公司高级管理人员基于其他原因考虑成立了持股平台公司 B 公司（有限公司），通过 B 公司代持激励股权。

（1）按照“否定”持股平台公司的原则处理。则：在 2014 年行权所在月份，高管人员确认的应纳税所得额＝（15－5）×1000×100＝100（万元）。因此，高管人员持有的 B 公司的股权原值调增至 100 万元。此时，B 公司持有的 A 公司股票的计税基础是否调增呢？我们讲，资产计税基础调增的一个基本原则是，基于计税基础连续原则，其内含的资产增值予以实现时才能调增。因此，只有在 B 公司以 5 元/股低价认购 A 公司股票时，将 A 公司原股东实质让渡投资给 B 公司的股东权益视为股权转让所得并对其征收所得税之后，B 公司持有的 A 公司股票才能调增计税基础 100 万元。此时，显然对于股权激励的所得税税务处理显得比较复杂（涉及不公允增资视同股权转让的所得税处理）且不经济。同时，承认代持股公司法律形式，对国家税收显然比自然人直接持股更多（双重税负，40%）。同时，依据 18 号公告的规定，A 公司也将在税前确认扣除 100 万元。在此种原则处理下，B 公司有关会计处理如下：

借：长期股权投资——A　1000000

贷：银行存款　　　　　　　500000（5×1000×100）

　资本公积——其他资本公积　　1000000（10×1000×100）

我们可以发现，此时会计上计量的B公司持有的A公司股票的投资成本为100万元，与税法上确认的股权的计税基础保持一致。同时，高管持有的B公司股权的原值亦调增100万元。

（2）按照“尊重”持股平台公司的原则处理。则：在2014年行权时，高管人员并不确认任何所得，仅仅将其作为B公司对A公司的增资认购。B公司的会计处理为：

借：长期股权投资——A　500000（5×1000×100）

贷：银行存款　　　　　　500000（5×1000×100）

我们可以发现，此时会计上计量的B公司持有的A公司股票的投资成本为50万元，税法上确认的股权的计税基础亦为50万元。同时，高管持有的B公司股权的原值亦为50万元。如果高管转让其持有的B公司股权时，假定作价为18元/股，则股权转让所得＝（18－5）×1000×100＝130万元，其中包含了在股权激励行权时并未确认的所得100万元。简单地讲，即是递延到股权转让时一并确认。如果采用B公司转让A公司股票的方式处理，则B公司确认的股票转让所得＝（18－5）×1000×100＝130万元，结论是一样的。如果在持有期间，A公司向B公司分红，则基于居民企业之间股息免税政策，B公司并不产生企业所得税，在B公司向高管分红时，高管按照20%税率计缴个人所得税。

2. 股权持有环节的所得税

被激励对象（实质是公司持股平台）行权持有股权期间，实施股权激励公司对其分配股息、红利时，根据《企业所得税法》第二十六条规定，符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益为免税收入。根据《企业所得税法实施条例》第八十三条规定，企业所得税法第二十六条第（二）项所称符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益，是指居民企业直接投资于其他居民企业取得的投资收益。因此，持股平台公司从实施激励计划公司取得股息红利分配时不需要缴纳企业所得税。持股平台公司对员工分红时，自然人股东需要缴纳20%的个人所得税。我们可以发现，此时与自然人直接持股相比较，会丧失依照《财政部 国家税务总局 证监会关于上市公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》（财税［2015］101号）享受股息红利差别化个人所得税优惠政策的机会。

3. 股权转让环节的所得税

对于持股平台公司而言，其转让持有的实施激励计划公司股权时，应按25%的税率缴纳企业所得税，公司向自然人股东分红时，自然人股东按20%的

税率缴纳个人所得税。需要注意的是，《国家税务总局关于企业转让上市公司限售股有关所得税问题的公告》（国家税务总局公告2011 年第39 号，下称“39 号公告”）第二条“企业转让代个人持有的限售股征税问题”规定的仅仅是针对“因股权分置改革”造成原由个人出资而由企业代持有的限售股的税收政策，并不适用于“新股限售股”、“增发限售股”。因此，尽管 39 号公告基于征管的便利，虽然实质是个人出资的代持股，但是 39 号公告仍然将纳税人定为法律形式上的代持股公司，以该公司作为纳税人，尊重了法律形式，但同时也考虑了“代持股”的业务本质，对转付额不再缴纳个人所得税。

综上所述，在不考虑税收优惠和税收筹划的前提下，持股平台公司模式下，个人的实际税率应为40% ［1 －（1 －25%）×（1 －20%）］。与自然人直接持股比较，从税收因素角度来看，显然并不具有优势。

（二）合伙持股平台下的所得税税务处理

实际中，除了持股平台公司之外，基于合伙企业的诸多优势，越来越常见的是合伙企业持股平台的操作方式。

1. 股权激励实施环节的所得税

与公司持股平台不同的是，如果采用合伙持股平台，则基于合伙企业在所得税法上的“透明体”定位，则将“否定”其法律形式而直接“穿透”至被激励对象个人征收个人所得税。有关的合伙企业个人所得税的详细讨论，读者可以参见本书专题 34：“合伙税制与实践”的相关内容。在此，笔者仅做一简要回顾。

根据《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》（财税［2000］91 号）规定：“个人独资企业和合伙企业每一纳税年度的收入总额减除成本、费用以及损失后的余额，作为投资者个人的生产经营所得，比照个人所得税法的‘个体工商户的生产经营所得’应税项目，适用 5%—35% 的五级超额累进税率，计算征收个人所得税。前款所称收入总额，是指企业从事生产经营以及与生产经营有关的活动所取得的各项收入，包括商品（产品）销售收入、营运收入、劳务服务收入、工程价款收入、财产出租或转让收入、利息收入、其他业务收入和营业外收入。”按此规定，被激励对象在行权时确认的应纳税所得额似乎按照 5% 至 35% 的累进税率征收个人所得税。但结合有关股权激励个人所得税政策的规定，笔者认为，合伙企业在股权激励中应被视为税收“透明体”，但针对个人征税则应按“工资薪金”税目征税，而不是按照“个体工商

户的生产经营所得”征税累进税率。[①]

2. 股权持有环节的所得税

根据《关于〈国家税务总局关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉执行口径的通知》(国税函［2001］84号)，合伙企业对外投资分回的利息或者股息、红利，不并入合伙企业的收入，而应单独作为投资者个人取得的利息、股息、红利所得，按“利息、股息、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。因此，自然人通过合伙企业持股时，从上市公司取得的股息红利的个人所得税率为20%，并可享受财税［2015］101号文规定的差别化优惠政策。

3. 合伙权益转让环节的所得税

被激励对象转让合伙权益时，如何纳税？在这个问题上，国家层面的税收规定并未予以明确。在实践中，部分地方税务机关将其视为“财产转让所得”，按照20%税率计算个人所得税。从本质上，笔者认为合伙人转让合伙权益或退伙的实质都是“财产转让”行为，其应纳税所得额应等于转让价款减去合伙人持有的合伙权益的计税基础。有关具体内容，读者可以详见专题34：“合伙税制与实践”的相关内容。

综上所述，被激励对象个人通过合伙企业持股时，在股权激励实施环节和合伙权益退出时的税收政策尚不明确，但对实施激励计划企业分配股息红利时的税收政策是明晰的。与通过持股公司模式比较，显然合伙企业在避免双重征税方面具有优势。

五、股权激励涉及的增值税政策

对于股权激励计划而言，在股权激励实施阶段、股权持有环节仅涉及所得税问题，但在股权转让环节则可能会涉及增值税的问题。下面笔者对此进行介绍：

对于员工在股权激励中取得的限售股而言，有关内容读者可以参见本书专题39：“限售股转让的所得税、营改增问题”第四部分“限售股转让的营改增问题”之“个人限售股转让增值税问题”。概述地讲，个人转让上市公司限售股属于从事金融商品转让业务，免征增值税。

如果员工股权激励计划中，员工采用持股公司平台来持有限售股并解禁后

---

① 笔者注：我国税法对此问题并不明晰，基于合伙企业税法原理，笔者认为，在穿透合伙企业时，应保持原税收属性“工资薪金”不变。

转让的，有关内容读者可以参见本书专题39：“限售股转让的所得税、营改增问题”第四部分“企业限售股转让增值税问题”。概括地讲，按照卖出价扣除买入价后的余额为销售额计缴增值税，但根据36号文附件3《营改增试点过渡政策规定》第一条“下列项目免征增值税”第（二十二）项“下列金融商品转让收入”第1－4点的规定，符合条件的如下企业单位投资者可以免税：“1. 合格境外投资者（QFII）委托境内公司在我国从事证券买卖业务。2. 香港市场投资者（包括单位和个人）通过沪港通买卖上海证券交易所上市A股。3. 对香港市场投资者（包括单位和个人）通过基金互认买卖内地基金份额。4. 证券投资基金（封闭式证券投资基金，开放式证券投资基金）管理人运用基金买卖股票、债券……”因此，一般情况下，持股公司平台都不满足这些情形，应依法计缴增值税。

如果员工股权激励计划中，采用合伙企业平台来持有限售股并在解禁后转让的，根据36号文附件1《营改增试点实施办法》第一条规定：“在中华人民共和国境内（以下称境内）销售服务、无形资产或者不动产（以下称应税行为）的单位和个人，为增值税纳税人，应当按照本办法缴纳增值税，不缴纳营业税。单位，是指企业、行政单位、事业单位、军事单位、社会团体及其他单位。个人，是指个体工商户和其他个人。”从该规定来看，合伙企业应属于其规定的“其他单位”，应按规定计缴增值税。

专题 43："红筹架构拆除"的所得税问题

内容概览

"海外红筹上市"属于一项集法律、会计、税务、外汇等法规适用于一体的复杂的业务类型，但随着境内资本市场逐步的开放，且新《企业所得税法》统一了内外资所得税，"红筹架构"不但不再享有以前外商投资企业的税收优惠政策，还存在向境外股东（未认定为境外注册中资控股企业）分配股息计征预提所得税等重复征税问题。同时，针对外国受控企业的反避税以及境外所得抵免的政策等税收法规也导致境外红筹架构举步维艰，所以自 2009 年以后，很多境外"红筹架构"发起了"回归"A 股的热潮。在回归和拆除时，必然面临所得税税务问题。在本专题，笔者将对此进行讨论。本专题包含如下内容：

■ 境外上市的"红筹架构"模式

■"红筹架构"回归的程序和步骤

■"红筹架构回归"所得税实例分析

一、境外上市的"红筹架构"模式及其搭建

鉴于本书并非有关跨境投资并购重组的法律专著，在此仅就通常的境内公司在境外搭建的"红筹架构"模式进行简单介绍。

所谓"红筹架构"，简单地讲就是中国企业为了实现境外上市的目的，在境外设立一个或数个壳公司，通过股权或协议控制方式使境内公司成为境外上市公司的子公司或者被完全控制的境内利益关联企业，从而使境内外公司合并财务报表，在符合境外证券交易规则的情况下实现境外上市的目的，这些境外的壳公司也被称之为"特殊目的公司"（Special Purpose Vehicle，"SPV"）。因此，按照实现合并的方式的不同，红筹架构通常包括两种方式："股权控制"型和"协议控制"型。

搭建境外"红筹架构"的主要流程和步骤包括如下：

1. 境内创始股东在离岸法域（通常在 BVI）设立一层或多层离岸 SPV；

2. 由第 1 步中的离岸 SPV 按照国内权益的相同的比例（通常是这样）在计划上市的司法区域法律认可的离岸法域（通常在开曼和百慕大群岛等）设立离岸控股 SPV；

3. 作为上市平台的离岸控股 SPV 向下构建一层或多层中间控股离岸 SPV；

4. 再由最下层的离岸 SPV 在与我国签署有双重税收协定的国家/地区（比如香港）设立公司，作为收购境内实业公司或境内控股公司的平台；

5. 由第 4 步中的离岸公司在中国境内设立外商独资的投资性公司，以作为境内上市之控股平台（股权控制型）对境内实体公司进行控制，或者设立外商独资企业（WFOE）或外商合资企业（JV）对境内实体公司进行控制；

从上述流程和步骤我们看出，不论是股权控制型红筹还是协议控制型红筹，其实质都是“以境内企业权益在境外融资”，即是通常所称的以境内权益海外红筹上市。但自从原《国家外汇管理局关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》(汇发［2005］75 号，下称“75 号文”)[①] 以及《关于外国投资者并购境内企业的规定》（商务部令 2009 年第 6 号，下称“6 号令”)[②] 出台以后，股权控制模式的红筹之路基本被“堵死”，但管理当局却对协议控制模式的红筹之路保持默许之态度。所以，在后来的境外红筹上市中，几乎毫无例外地采用了协议控制模式，不论所控制的境内企业权益是否受到我国产业政策和投资的限制，这已经偏离了“新浪模式”最初的目的和意义。

二、“红筹架构”回归的程序和步骤[③]

“红筹架构”回归是一个比较复杂的工程，是因为它涉及方方面面的因素。比如，需要公司法律、外汇、税务、上市等等。说它相对简单，是因为它的核心在于红筹企业拆除红筹架构之后，恢复到以前自然人或其控制的法人直接持有拟上市主体的权益架构。所以，红筹架构回归的核心操作方式就是将境外控股平台持有的境内权益转回到境内创始股东或其控制的法人手中，从这个意义上讲，它基本局限在跨国股权并购重组范畴内。下面分别介绍两种模式下红筹架构回归的主要程序和步骤。

---

① 笔者注：75 号文已经被 2014 年 7 月 14 日颁布并实施的《国家外汇管理局关于境内居民通过特殊目的公司境外投融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》（汇发［2014］37 号）所废止。

② 笔者注：其前身是 2006 年 8 月 8 日，商务部等六部委联合公布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》(2006 年第 10 号令)，该文因反垄断法的修订而修订为 6 号令。

③ 笔者注：本部分内容主要参考了《公司并购重组原理、实务及疑难问题诠释》，雷霆著，中国法制出版社，2014 年 10 月第 1 版，第 697～700 页。笔者进行了修订和删减。

1. 协议控制型红筹架构的回归

要实现协议控制型红筹架构的回归，实质需要恢复原境内创始股东对境内实业公司的实际股权控制或者“股权调整前后股东权益没有发生重大变化”。因此，其核心就是要终止境外的离岸控股公司架构和/或由其在境内设立的 WFOE 或 JV。主要包括如下几个步骤：

（1）境外 PE 的退出问题

既然要恢复红筹架构之前的创始股东权益架构，首先要解决的问题就是境外 PE 的退出或重新安排问题。从目前已经实现回归并上市的实际案例来分析，红筹公司通常采取对 PE 股权回购或股权转让两种方式进行，两种方式对原创始股东重新恢复对离岸控股公司 100% 的控制权并没有区别，区别在于一个是离岸控股公司与股东之间的股份回购交易，一个是股东之间的股权转让交易，但可能面临不同的税务后果（详见后文分析）。

（2）境外离岸中间控股公司和/或 WFOE（JV）的处置

对于境外离岸中间控股公司的处置，通常采取的方法是将这些实体进行解散注销，当然在实务中，实际案例并非将所有的这些离岸实体都解散注销，可能只涉及其中部分实体，而基于其他考虑保留了部分实体（可能基于保留外商投资企业的身份等原因）。境内 WFOE（JV）解散注销时，将适用我国税法有关企业清算的法规（主要是 60 号文）；境外离岸中间控股公司解散注销时，将适用离岸中间控股公司注册登记所在地的清算法规和税法的规定进行处理。

（3）境内 VIE（协议控制）的终止问题

对于 VIE 模式的红筹架构，如何妥善地解除所有有关的协议安排是非常重要的事宜。一个典型的处理方式即是所谓的“263 网络模式”。该模式进行红筹架构的终止并首发上市秉承的基本思路就是按照“怎么出去再怎样回来”的还原形式，严格按照境内外红筹架构搭建的过程来进行逆向还原。

2. 股权控制型红筹架构的回归

相对于协议型红筹回归的处理，股权控制型红筹回归处理的基本思路在于：将直接持有境内拟上市公司的股权转让给原创始股东或其控制/设立的中国境内控股公司，一般情况下是后者。其主要步骤包括：

（1）境外 PE 的退出问题

同协议控制型红筹架构的回归处置方式。

（2）境内拟上市公司股权的回归转让

这一步骤是股权控制型红筹回归的核心步骤。通常的做法是，境内创始股

东从境外直接持有境内拟上市公司股权的离岸公司手中直接收购该等股权，这样整个境外中间控股公司层整体退出对“境内企业权益”的控制。境内创始股东收购该等股权时，通常并不会直接去收购股权，基于以后股权转让、税收等多方面因素考虑，一般是创始股东新设一家境内控股公司作为收购主体去收购该等股权。这个交易本身并不复杂，但比较复杂的是该股权转让的税务问题（详见后文分析）。

（3）境外离岸中间控股公司的处置

同协议控制型红筹架构的回归处置方式。

总之，不论是何种方式的红筹回归，回归后都将恢复到红筹之前直接由境内创始股东直接在境内持股控制的状态，并且实际控制人并不发生变化。

三、“红筹架构回归”所得税实例分析

在了解红筹架构回归的模式和途径之后，我们可以发现其涉及的税务问题主要是所得税问题，集中在如下三个方面：

一是，在红筹架构终止过程中，一步或分步进行股份回购以及股权转让所涉及的所得税问题；

二是，在红筹架构终止过程中，境内 WFOE 或 JV（VIE 模式时适用）以及境外离岸中间控股公司的清算分配所涉及的所得税问题；

三是，在红筹架构下，境内企业都会根据外商投资企业享受“两免三减半”的税收优惠政策，那么如果红筹架构终止如何继续享受该优惠政策，或者变成内资企业后，以前的税收优惠是否要退还的问题。

我们注意到，《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》（国税函［2009］698 号，下称“698 号文”）颁布于 2009 年 12 月 10 日，追溯执行于 2008 年 1 月 1 日。698 号文对红筹架构中非居民企业转让股权给原境内创始股东时，可能导致 10% 或协定税率的预提所得税。同时，如果境外离岸控股公司不采取股权转让而采取股权回购的方式进行，则我国税法似乎并没有对应的相关规定。有关境内 WFOE（JV）清算的问题，将适用 60 号文的规定，但是在 BVI、开曼或百慕大等离岸法域，公司清算几乎不存在任何公司所得税、资本利得税。

让我们先来看一个股权控制型红筹架构终止所得税处理的案例：

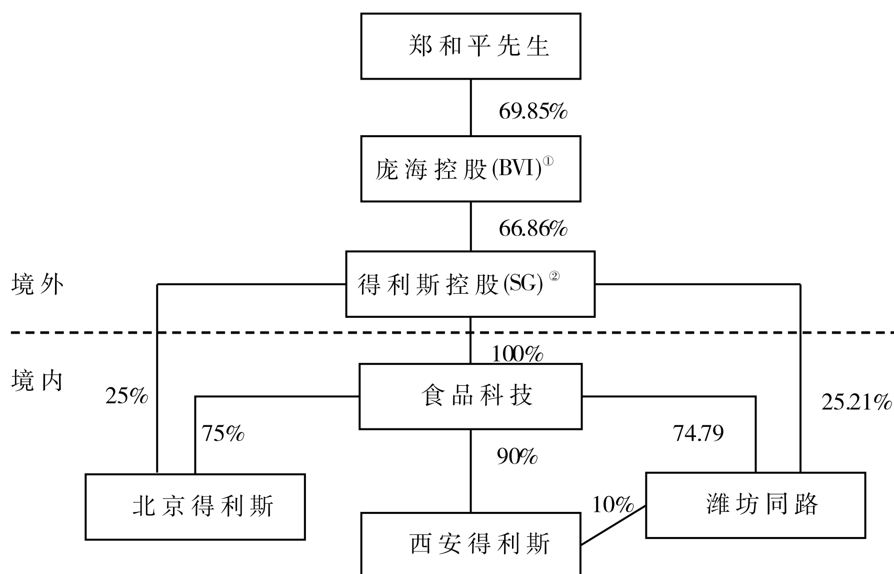
【例 43－1】股权控制型红筹架构的终止——“得利斯”（002330）

案例背景：

山东得利斯食品股份有限公司（下称“得利斯食品”）是经商务部批准，由山东得利斯食品科技有限公司（下称“食品科技”）整体变更设立的外商投资股份公司。食品科技于2004年开始筹划境外上市，至2005年4月公司终止该计划。

1. 得利斯食品“红筹架构”

2004年度，资产重组完成及境外公司的股权结构确定后，食品科技的股权架构如下图所示：①



注：①庞海控股于2002年9月18日根据BVI《国际商业公司法》（1984）设立，并于2007年1月1日根据《2004年商业公司法》自动重新注册登记为商业公司，目前有效存续。授权股本为50,000股，每股面值为1美元。

②2004年2月23日，得利斯控股根据新加坡法律合法设立，该公司授权资本为3,000万新元，为普通股3,000万股，每股面值为1新元。得利斯控股设立的目的是作为食品科技的境外控股公司，实现新加坡上市计划。

2. 得利斯食品“红筹架构”的拆除

（1）得利斯控股转让100%食品科技股权给庞海控股，退出离岸红筹架构

2005年，食品科技放弃新加坡上市，并逐步还原拟新加坡上市前的股权结

① 参见《山东得利斯食品股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》（2009年12月22日），第43页。

构。2005年4月17日，得利斯控股与庞海控股签署《股权转让协议》，将其所持食品科技100%股权转让予庞海控股，转让价格经双方协商确定为1美元。

（2）庞海控股转让合计72%食品科技股权给境内实体，使实际控制权回归境内，并保留食品科技外商投资企业的身份

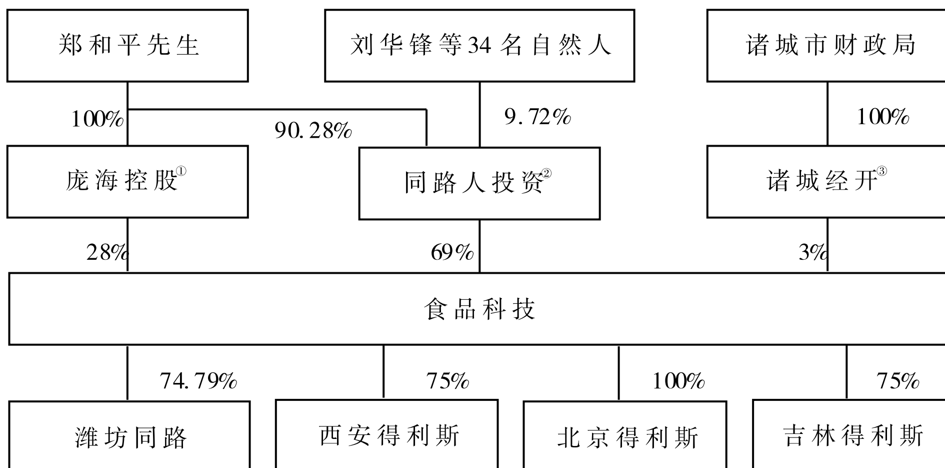
2005年6月26日，庞海控股与农业科技签署《股权转让协议》，将食品科技50%的股权转让予农业科技。

2007年9月24日，庞海控股与“诸城同路人投资有限公司”（下称“同路人投资”）签署《股权转让协议》，约定庞海控股将其持有的食品科技22%股权转让给同路人投资。同日，农业科技与同路人投资签署《股权转让协议》，约定农业科技将其持有食品科技47%股权转让给同路人投资。农业科技将其所持食品科技3%的股权转让给“诸城市经济开发投资公司”（下称“诸城经开”）。

（3）得利斯控股清算处置

得利斯控股进行清算注销，并于2008年3月12日完成。

上述资产重组完成后，食品科技由有限公司整体变更为股份公司，其股权架构如下图所示：[①]



注：①庞海控股在食品科技中保持28%的比例（大于25%）是为了使得食品科技继续可以享受外商投资企业的税收优惠政策；

②同路人投资系由郑和平先生等35名自然人股东共同出资设立的有限责任公司，该公司成立于2007年9月22日，其注册资本及实收资本为人民币4,428万元；

① Id，第63页。

③诸城经开系经诸城市人民政府批准，由诸城市财政局出资设立的国有企业，成立于1992年10月12日，其注册资金为人民币12,000万元。

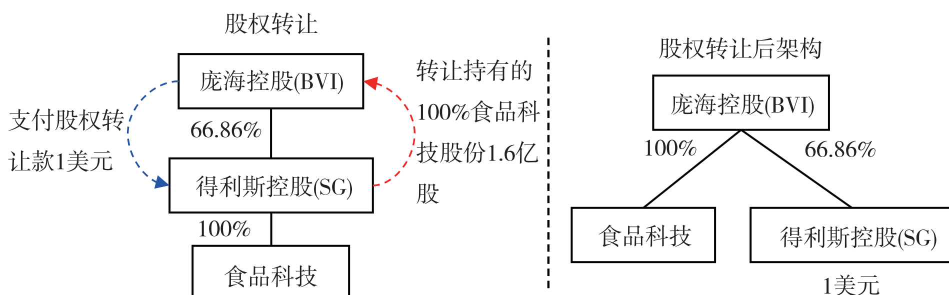
【评析】

一、得利斯食品“红筹架构”拆除中的所得税分析

在得利斯境外红筹架构拆除中，最核心的操作步骤是得利斯控股将其持有的境内公司食品科技的股权转回境内。

1. 得利斯控股转让100%食品科技股权给庞海控股

2005年，得利斯控股与庞海控股签署《股权转让协议》，将其所持食品科技100%的股权转让予庞海控股，转让价格经双方协商确定为1美元。股权转让及完成后的架构如下图：



这个交易如果发生在2008年1月1日之后，[①] 实际将涉及三个方面的税务问题：一是，国家税务总局《关于境外注册中资控股企业依据实际管理机构标准认定为居民企业有关问题的通知》（国税发［2009］82号，下称“82号文”）的问题；二是，《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》（国税函［2009］698号，下称“698号文”）的问题；三是，是否符合59号文特殊性税务处理的规定。

（1）是否适用82号文，并被认定为居民企业？

在本案中，由于得利斯控股和庞海控股实际都属于在新加坡和BVI设立的离岸控股“壳”公司，本身并没有任何实质性经营活动，几乎没有管理人员，企业的财务决策（如借款、放款、融资、财务风险管理等）和人事决策（如任命、解聘和薪酬等）由位于中国境内的机构或人员决定，或需要得到位于中国境内的机构或人员批准等，这些要素都符合将其认定为居民企业的可能性，如果它们被认定为居民企业（当然，本例并不适用于82号文，因为该文要规范的

① 笔者为讨论税务问题之便利，将站在该交易发生在2008年1月1日之后来展开讨论。

是“由中国境内的企业或企业集团作为主要控股投资者，在境外依据外国（地区）法律注册成立的企业”），则得利斯控股向庞海控股转让其持有的食品科技100%股权就属于居民企业之间的股权转让，如果产生股权转让所得，将按照25%的所得税税率缴纳所得税。总之，在本例中，由于属于境内自然人直接在境外投资设立离岸控股公司，所以被认定为居民企业的风险应该不存在。

（2）是否适用698号文？

因为得利斯控股和庞海控股不会被认定为居民企业，则它们之间的股权转让交易属于非居民企业向另一非居民企业转让其持有的中国居民企业股权的转让交易，将适用698号文的有关规定进行审查。

698号文第一条规定：“本通知所称股权转让所得是指非居民企业转让中国居民企业的股权（不包括在公开的证券市场买入并卖出中国居民企业的股票）所取得的所得。”其第七条规定：“非居民企业向其关联方转让中国居民企业股权，其转让价格不符合独立交易原则而减少应纳税所得额的，税务机关有权按照合理方法进行调整。”其第九条规定：“非居民企业取得股权转让所得，符合财税［2009］59号文件规定的特殊性重组条件并选择适用特殊性税务处理的，应向主管税务机关提交书面备案资料，证明其符合特殊性重组规定的条件，并经省级税务机关批准。”①

得利斯控股转股属于698号文所规定的典型的“非居民企业转让中国居民企业的股权”，因此，得利斯控股需要着重解决如下的问题，否则将面临极大的税务风险——股权转让作价的问题。非居民企业得利斯控股转让其持有的境内居民企业食品科技100%的股权，转让作价为名义价格1美元，所以，利斯控股向其关联企业庞海控股转让中国居民企业的股权作价并不符合独立交易原则，税务机关有权按照合理方法进行调整。② 根据披露，截至2005年3月31日，食品科技的总资产为27,391.42万元，负债为13,189.61万元，净资产14,201.81万元（母公司口径，未经审计）。此次股权转让方得利斯控股转让食品科技

---

① 笔者注：根据《国家税务总局关于非居民企业股权转让适用特殊性税务处理有关问题的公告》（国家税务总局2013年第72号）的规定，698号文第九条自2013年12月11日起废止。

② 笔者注：对红筹架构清理过程中股权转让而言，如存在涉外因素双方可以通过协议选择适用法律，当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。因此，如红筹构架清理过程中股权转让存在涉外因素，可能适用中国法或外国法。通常来说，股权转让合同应遵循当事人的意思自治，只要不违反我国社会公共利益、法律强制性规定，股权转让协议应认定为有效，但这并不构成纳税义务的豁免，即是说股权转让作价可以意思自治，但是税务机关也有权按照公允价值进行调整。

100%的股权所对应的净资产值为14, 201.81万元。[①] 所以，依据698号文第三条的规定，“如被投资企业有未能分配的利润或税后提存的各项基金等，股权转让人随股权一并转让该股东留存收益权的金额，不得从股权转让价中扣除”。如果按照净资产作价进行转让的话，得利斯控股股权转让价将为14, 201.81万元，其股权成本不得扣除对应的留存收益部分。由于并不知悉其股权成本所以无法确定该次股权转让所得金额，但可能会面临10%的预提所得税税负。

（3）该股权转让是否符合59号文的特殊性税务处理的条件?

根据59号文第七条的规定：“企业发生涉及中国境内与境外之间（包括港澳台地区）的股权和资产收购交易，除应符合本通知第五条规定的条件外，还应同时符合下列条件，才可选择适用特殊性税务处理规定：（一）非居民企业向其100%直接控股的另一非居民企业转让其拥有的居民企业股权，没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负担变化，且转让方非居民企业向主管税务机关书面承诺在3年（含3年）内不转让其拥有受让方非居民企业的股权；（二）非居民企业向与其具有100%直接控股关系的居民企业转让其拥有的另一居民企业股权；（三）居民企业以其拥有的资产或股权向其100%直接控股的非居民企业进行投资；（四）财政部、国家税务总局核准的其他情形。”那么，得利斯控股转让食品科技100%股权给庞海控股并不属于上述第（一）至（三）现的情形，唯一的出路似乎就是第（四）项，但是截至目前并没有出现这样的“通道”。

2. 庞海控股转让合计72%食品科技股权给境内实体

庞海控股将其持有的72%食品科技股权一步或分步转让69%给同路人投资，将3%转让给诸城经开，这些股权交易属于非居民企业转让持有的中国居民企业的股权给其他关联或非关联居民企业，都可能面临与第1点分析同样的问题，在此不再赘述。

3. 得利斯控股清算

新加坡以属地原则征税。任何人（包括公司和个人）在新加坡发生或来源于新加坡的收入，或在新加坡收到或视为在新加坡收到的收入，都属于新加坡的应税收入，需要在新加坡纳税。即是说，即使是发生于或来源于新加坡之外的收入，只要是在新加坡收到，就需要在新加坡纳税；相应地，如果收入来源于新加坡境外，并且不是在新加坡收到或视为收到，则不需在新加坡纳税。因此，得利斯控股在新加坡清算的话，则可能导致得利斯控股和庞海控股的所得

---

① 《山东得利斯食品股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》（2009年12月22日），第48页。

税负。

4. 税收优惠政策的继续享受

在本案中，庞海控股并没有被完全拆除，仅仅只是将境内公司食品科技的控制权转回了境内控制，保留庞海控股28%的股权比例是基于外商投资企业的税收优惠政策限制的考虑，是为了满足25%的外资比例要求，如果全部转让的话，则境内拟上市主体由外商投资企业变更为内资企业，不得享受外商投资企业的税收优惠政策，而且以前年度享受的“两免三减半”的所得税优惠也会因为经营年限未满规定年限而存在被追缴的风险。

同时，对于得利斯自2004年搭建红筹架构起享受外商投资税收优惠政策是否符合《外国投资者并购境内企业暂行规定》（以下简称“3号令”）① 的规定，这也是红筹架构回归境内过程中非常普遍的一个问题，笔者分析认为：

（1）股权并购是在10号令施行（2006年9月8日）之前，不适用第九条第三款关于“境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司名义并购与其有关联关系的境内公司，所设立的外商投资企业不享受外商投资企业待遇”的规定。

（2）3号令规定股权并购需要省级商务主管部门批准且得利斯取得了批准，符合3号令的有关规定。根据2003年5月28日颁布的《国家税务总局关于外国投资者并购境内企业股权有关税收问题的通知》的规定，外资比例超过25%的可以享受税收优惠；

（3）根据披露，得利斯在2008年前，根据《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》，适用24%的企业所得税优惠税率，并享受“两免三减半”的税收优惠政策。2004年3月，诸城市国家税务局下发《外商投资企业税收优惠资格确认书》，确认公司为经营期限十年以上的生产性外商投资企业，适用税率为24%，自获利年度起，可以享受第一年和第二年免征企业所得税，第三年至第五年减半征收企业所得税的税收优惠待遇；在经营期内可以免征地方所得税。因此，公司2004至2005年度免征企业所得税，2006至2007年度减按12%计算缴纳企业所得税。根据《关于实施企业所得税过渡优惠政策的通知》（国发［2007］39号），2008年公司的适用税率由24%变更为25%，公司原享受“两免三减半”优惠政策未到期，因而2008年继续享受优惠政策，减按12.5%计算缴纳企业所得税。自2009年起，公司不再享受所得税优惠政策，所

① 该文已经被《关于外国投资者并购境内企业的规定》（10号令，2009年商务部修订为6号令）于2006年9月8日所废止。

得税率为25%。[①]

因此，得利斯自2004年度起享受外商投资企业所得税优惠符合当时所适用的3号令的相关规定，合法有效。

当然，如果是现在，一是搭建控股型的红筹结构之路被堵死；同时，即使搭建成功，也会因适用10号令第九条的原因，即使保留外资持股比例超过25%，也不能再继续享受外商投资企业的税收优惠政策待遇（当然2012年最后过渡期之后，事实上这个身份在企业所得税领域也基本没有意义了）。

二、得利斯红筹架构拆除中的所得税点评和建议

综上所述，由于得利斯红筹回归是在2007年就基本完成，在当时并不需要面临698号文的问题。所以，它采取了先由得利斯控股的母公司庞海控股收购其持有的境内居民企业食品科技的股权，支付对价仅为名义对价1美元（这仅仅是一个境外的股权转让交易），将得利斯控股拆除到离岸红筹架构之外。随后，庞海控股在将其持有的食品科技的72%股权转让给境内实体以实现境内权益控制权的回归，保留庞海控股的28%股权是为了保留外商投资企业的资格，以便于继续享受外商投资企业的税收优惠政策。

但是，这个回归模式，放在如今的话，则并不带有普遍意义和借鉴性，根据中国证券监督管理委员会的最新政策，实际控制人为境内公民或法人的，要求解除中间架构；实际控制人为境外公民或法人的，要求尽职调查之后充分披露。并且，境内自然人或者法人必须直接持有境内公司的股权，解除间接持股的控制权形式，要求股权清晰，明确披露，不能通过境外公司持有股权。同时，698号文的存在将可能给红筹架构的拆除带来极大的税收负担，这是一个不可回避的坎。那么有没有一条道路可以绕开或一定程度上绕开这道坎呢？笔者以为，可以尝试如下的方式来进行：

方式一：采取境外公司合并重组的方式进行

譬如，在得利斯案中，将得利斯控股向其母公司庞海控股转股转变为庞海控股吸收合并得利斯控股，由于698号文仅仅规范的是“非居民企业转让中国居民企业的股权”的交易行为，绕开将得利斯控股转股纳税的问题，这可能也

---

① 参见《山东得利斯食品股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》（2009年12月22日），第248~249页。

是698号文没有考虑到的一种方式。[①] 在吸收合并中，庞海控股增发股份作为收购对价，不论是在新加坡或是在BVI都不会面临税负的问题，只不过跨境吸收合并法律手续会更繁杂一些。同时，这种方式并不能彻底解决庞海控股以后向境内实体转让持有的食品科技面临698号文审查的问题。

方式二：采取境外公司清算的方式进行

如果需要拆除的离岸控股公司注册地在“避税港”，比如BVI、开曼、百慕大等，由于这些离岸法域并不存在任何的公司所得税、资本利得税，所以，将该得利斯控股（假定设立在避税港的话）进行清算分配也不失为一种方式，当然前提是庞海控股先做一个股份回购将其他股东持有的33.14%股份回购减资，使得庞海控股100%持有得利斯控股的股份。但如何在中国境内进行食品科技的股权变更是一个需要进行沟通的问题。如果这条路可行，则庞海控股将持有100%的食品科技的股权。同样，它不能解决庞海控股转股面临698号文审查的问题。

方式三：对于庞海控股转股的问题，可以按照食品科技账面净资产的价值作为股权转让价来缓解纳税

依据698号文的规定，先将食品科技的资本公积（资本溢价）转增后再按照净资产的账面价值作价进行转让，这个时候转让价格与股权计税基础之间的差额部分将缴纳10%的预提所得税。当然这肯定需要与税务机关具有良好的沟通。

让我们再来看一个协议控制型红筹架构终止所得税处理的案例：

【例43-2】 协议控制型红筹架构的终止——“启明星辰”（002439）

案例背景：

北京启明星辰信息技术股份有限公司（下称“启明星辰”）是拥有完全自主知识产权的网络安全产品、服务与解决方案的提供商。启明星辰于2005年开始筹划境外上市，至2008年2月公司终止该计划。

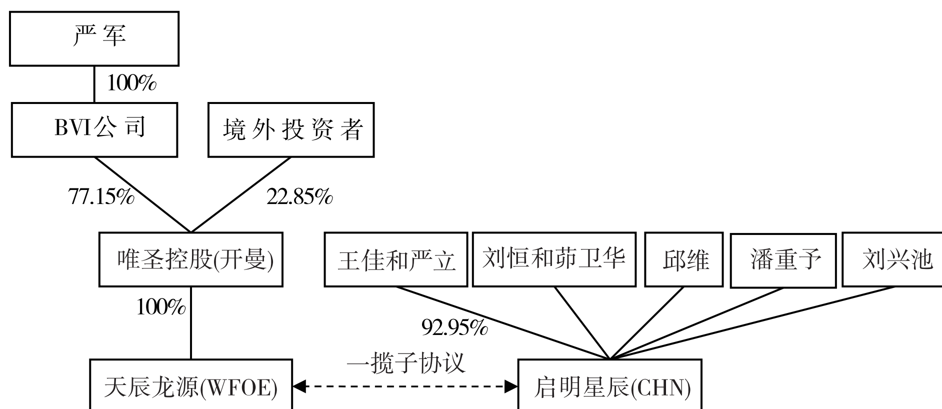
1. 启明星辰“红筹架构”

2005年12月，启明星辰初始搭建的红筹架构图如下：[②]

---

① 笔者注：在2013年12月12日《国家税务总局关于非居民企业股权转让适用特殊性税务处理有关问题的公告》（国家税务总局公告2013年第72号）施行之后，境外合并、分立导致中国境内居民企业股权转让的，视为59号文第七条第（一）项所属的股权转让行为。即，该交易行为属于非居民企业直接转让居民企业股权，受698号文和59号文规制。

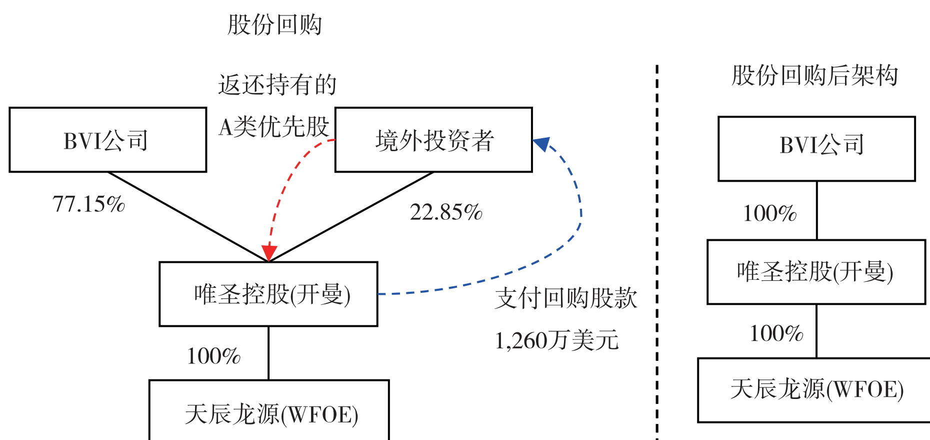
② 笔者根据《北京启明星辰信息技术股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》（2010年6月4日），第60、61页，第67～72页整理。



2. 启明星辰"红筹架构"的拆除

（1）回购境外投资者股份

唯圣控股与五名境外投资者于2008年2月5日签订《回购协议》，约定由唯圣控股以每股0.07875美元的对价回购五名境外投资者所持唯圣控股的全部A类优先股股份，回购总价款为1,260万美元。2008年2月29日，唯圣控股股东会和董事会作出决议，同意本次回购，同时完成了回购股份的注册登记。截至2010年1月30日，唯圣控股已发行478,660,000股普通股，由BVI公司100%持有。同时，唯圣控股持有天辰龙源100%股份。股份回购以及回购完成后的架构如下图：



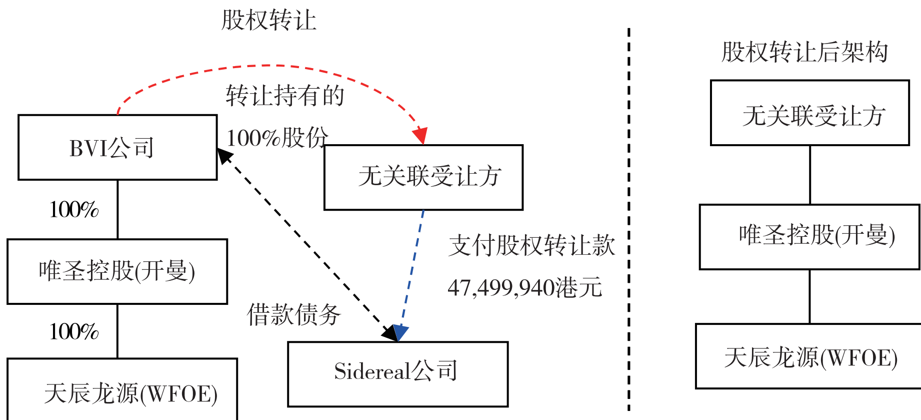
（2）天辰龙源股权转让

2009年12月11日，BVI公司与Bondwa & Company Limited（下称"Bondwa公司"）签署《股权转让协议》，约定BVI公司将其持有的唯圣控股100%股权

以及其间接持有的天辰龙源 100% 股权全部转让给 Bondwa 公司，转让价款为唯圣控股截至 2009 年 10 月 30 日合并报表中的净资产值（人民币 41,427,058.36 元）。

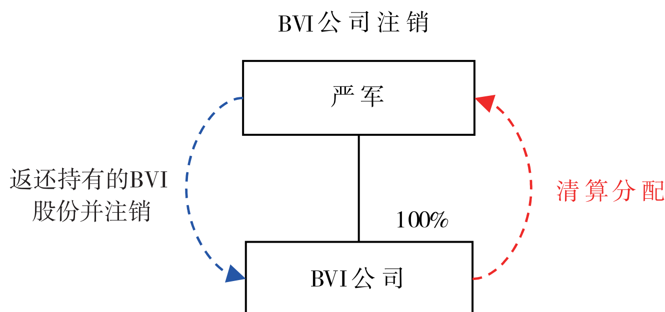
2010 年 2 月 1 日，BVI 公司、Bondwa 公司和张尔惠及 Jonathan Simon Bond 签署《补充协议》约定：鉴于《股权转让协议》项下的唯圣控股股权转让尚未实际发生，为提高公司决策效率，协议各方同意张尔惠和 Jonathan Simon Bond 承继 Bondwa 公司在《股权转让协议》项下的权利义务，两人分别受让唯圣控股全部已发行股权的 50%。通过律师核查验证和本人出具承诺函确认：唯圣控股股权受让方张尔惠和 Jonathan Simon Bond 及其控制的公司与发行人及其控股股东、董事及高级管理人员之间不存在关联关系，唯圣控股和境内外商独资企业天辰龙源已转让予无关联第三方。

由于 BVI 公司曾经向 Sidereal Group Limited（下称"Sidereal 公司"）借款用于回购境外投资者股份，为偿还上述借款，根据 BVI 公司的实际控制人严军签发的授权书，授权 Sidereal 公司代为收取唯圣控股股权转让款。2010 年 2 月 3 日至 2010 年 2 月 5 日期间，Sidereal 公司在香港汇丰银行开具的账户收到五笔共 47,499,940 港元，经发行人确认，该款项即为 BVI 公司转让所持唯圣控股股权的全部转让价款。股权转让及完成后的架构如下图：



（3）境外上市主体的注销

2010 年 2 月 5 日，BVI 公司召开董事会，决议终止并解散该公司；同日，严军作为该公司唯一股东，同意终止并解散该公司，并授权公司注册代理机构处负责办理公司注销相关事宜。前述境外上市架构解除过程如下图所示：

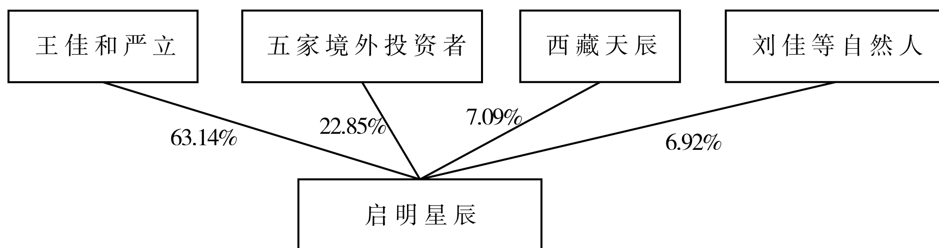


（4）启明星辰股权架构调整一致

境外上市计划终止后，为兑现历史形成的员工股权激励计划，启明星辰召开股东会并作出决议，同意由七名自然人和“西藏天辰认购有限公司”（下称“西藏天辰”）① 新增注册资本并成为有限公司股东。上述增资完成后，由启明星辰全体十名股东共同作为发起人，将有限公司整体变更为股份有限公司。发行人经有限公司整体变更后，发行人、发起人股东与五名境外投资者于2008年2月5日共同签署《增资扩股合同》，约定由五名境外投资者认购发行人新增注册资本，每股认购价格为0.74737美元，认购股份占该次增资后股份总额的22.8570%。

通过比较拟境外上市（唯圣控股）的股权结构安排和启明星辰现有的境内股权结构，可以看出，公司终止境外上市计划后，境外投资者按照与境外结构安排相同的持股比例认购公司于2008年发行的新股，直接投资于启明星辰。所有股东在境外结构和境内结构中的持股比例保持一致。

启明星辰境外红筹架构拆除后的架构图如下：



① 西藏天辰为被授予虚拟股份的其他员工共同出资设立的股份有限公司，该等员工通过西藏天辰对启明天辰进行增资而间接持有启明天辰股权。

（5）重组协议终止不再执行

2008年2月5日，唯圣控股、天辰龙源、启明星辰有限公司以及五名境外投资者共同签署《终止协议》，约定各方签署的《股份认购协议》、《独家业务合作协议》、《独家购买权合同》、《股权质押合同》、《借款协议》及其他涉及启明星辰有限公司境外上市相关协议项下的权利义务终止。

经保荐机构和律师审查财务明细、审计报告等相关文件，认为上述《独家业务合作协议》、《股权质押合同》、《借款协议》及《独家购买权合同》均未实际履行，未出现导致有限公司控制权和利润转移的情形。

【评析】

一、启明星辰“红筹架构”的拆除中的所得税分析

在启明星辰境外红筹拆除中，上述的“回购境外投资者股份”、“天辰龙源股权转让”以及“境外上市主体的注销”中都可能涉及所得税的问题。

1. 唯圣控股回购境外投资者股份

在开曼群岛除了进口关税和印花税以外，几乎没有任何税收，即不存在任何的公司、资本利得、VAT、收益或者其他税项（遗产、承继税项），也不存在针对个人或者本金或利息支付的预提税。所以，对于唯圣控股回购五名境外投资者持有的唯圣控股股份而言，唯圣控股以及五名境外投资者不存在任何的公司所得税和预提税。那么为什么采用股份回购而不采用BVI公司收购五名境外投资者持有的唯圣控股股份呢？笔者以为，这跟在得利斯案中我们所分析的698号文有关。因为，如果由BVI公司进行股权收购的话，该交易将属于非居民企业（境外投资者）间接转让持有的中国居民企业启明星辰的股权给另一非居民企业的交易，而698号文的一个主要目的在于遏制外国投资者通过转让特殊目的公司来间接转让中国境内公司股权从而逃避中国税收的行为。该文第六条规定：“境外投资方（实际控制方）通过滥用组织形式等安排间接转让中国居民企业股权，且不具有合理的商业目的，规避企业所得税纳税义务的，主管税务机关层报税务总局审核后可以按照经济实质对该股权转让交易重新定性，否定被用作税收安排的境外控股公司的存在。”《国家税务总局关于非居民企业所得税管理若干问题的公告》（国家税务总局公告2011年第24号）第六条第（三）项规定：“《通知》第五条、第六条和第八条的‘境外投资方（实际控制方）’是指间接转让中国居民企业股权的所有投资者；《通知》第五条中的‘实际税负’是指股权转让所得的实际税负，‘不征所得税’是指对股权转让所得不征企业所

得税。”[①] 因此，境外投资者转让唯圣控股股权的话，可能将面临 10% 的预提所得税，而采取回购的话，则不存在该税负。

2. BVI 公司转让持有的唯圣控股 100% 股权

在 BVI 公司将持有的唯圣控股 100% 股权以及其间接持有的天辰龙源 100% 股权全部转让给 Bondwa 公司中，转让价款为唯圣控股截至 2009 年 10 月 30 日合并报表中的净资产值（人民币 41, 427, 058. 36 元）。该股权转让在开曼实现，并且属于非居民企业通过转让唯圣控股 100% 股权从而间接转让其持有的 100% 天辰龙源股权给无关联关系的非居民企业和外国个人，因此，该股权转让交易同样受到 698 号文规制。但是，BVI 公司按照净资产作价进行转让很可能会得到税务机关的认同，因为根据披露和审核，天辰龙源从 2007 年设立以来，并没有从事与境外上市有关的任何营业，其唯一的一笔收入是 2007 年天辰龙源主营业务收入 141, 509. 44 元，来源于 2007 年 5 月天辰龙源与海南南海信息技术发展公司签订的服务合同，合同金额 150, 000 元（含税金额）。该合同为天辰龙源仅有的一笔业务，是天辰龙源在管理人员和员工增加后实施的一项对外提供服务的合同，并非执行上述《独家业务合作协议》《股权质押合同》《借款协议》或《独家购买权合同》。[②] 而且，该等净资产几乎就是最初以现金投入的资本。所以，这样的股权转让作价几乎不会产生太大的股权转让所得，所以并不会导致过重的预提所得税税负。

3. BVI 公司清算注销

最后，对于商业公司、信托以及国际有限合伙（ILP）而言，BVI 是一个税收中性的司法区域。按照其《2004 年商业公司法》有关税收豁免条款的规定，在 BVI 不存在任何的资本利得或资本转移税，也不存在任何遗产税、销售税或者增值税（VAT），也不存在印花税（涉及土地转让或者持有土地利益的财产交易除外）。[③] 因此，在 BVI 公司注销中，对于 BVI 公司和其股东严军而言，不存在任何的所得税负。

---

① 笔者注：如本书前述，根据《国家税务总局关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 7 号）的规定，698 号文第五条、第六条以及 24 号公告第六条第（三）、（四）、（五）项自 2015 年 2 月 3 日起废止。有关非居民企业间接转让股权的规制由 7 号公告代替。

② 参见《北京启明星辰信息技术股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》（2010 年 6 月 4 日），第 78 页。

③ BVI Business Companies Act，2004，ss242（1）、（2）、（3）、（4）、（5）.

二、启明星辰红筹架构拆除中的所得税点评和建议

应该说，启明星辰红筹架构拆除中的所得税处理是比较合理和干净的。首先，境外投资者在唯圣控股的股权投资采取了股份回购处理，避免了适用698号的可能性，这是值得借鉴的地方；其次，对于唯圣控股及其下属控制的境内天辰龙源股权的转让同样不能回避698号文的适用，但鉴于属于协议控制型红筹架构，由于相关协议并没有实际执行，启明星辰的利润并没有实际转移到天辰龙源，因此，按照唯圣控股合并的净资产账面价值作为股权转让的作价，再加上其本身并没有实质性营业，股权转让并不会产生过多所得税负担；最后，对相关的离岸控股公司进行境外清算处理，在BVI并不会产生任何的公司所得税或资本利得税。

专题 44：代持股的所得税问题

内容概览

在实践中，出于各种原因，实际出资人或实际股东并不亲自持有公司股权（份），而通过名义出资人或名义股东代其持有股权（份），这不但在公司法上引发了争议和纠纷，而且在公司分红或者名义股东转让持有的股权（份）时将引发所得税税务处理争议，特殊情况下还会引发增值税的问题。在本专题，我们将对此进行讨论。本专题包含如下内容：

■ 代持股的涵义、类型及出现原因

■ 代持股的法律效力及法律风险

■ 代持股的所得税问题

■ 代持股的增值税问题

一、代持股的涵义、类型及出现原因

“代持股”又称为“股权代持”、“委托持股”、“隐名投资”等，是指实际出资人与他人约定，以他人名义代实际出资人履行股东权利义务的一种股权或股份处置方式。在此种情况下，实际出资人与名义出资人之间往往仅通过一纸代持股协议确定存在代为持有股权或股份的事实。

从历史沿革及实践来总结，代持股归纳起来主要有以下五种：一是由职工持股会或工会持股；[①] 二是自然人“代持股”，即“隐名股东”与“显名股东”之间通过签署“委托投资协议”或“代持股协议”确立代持股关系；三是“壳公司”持股，即由自然人股东先成立若干公司，再由这些公司对实际运营公司投资，自然人股东间接持股；四是由信托机构代持股，即自然人股东作为委托人将其本应持有的股权（份）作为信托财产委托给受托人（信托公司）代为持有；五是“合伙企业”持股，即由自然人股东先成立合伙企业，再由合伙企业

① 笔者注：随着国家对职工持股会或工会持股的禁止，这种方法在现实生活中已经不存在了。

作为股东持有公司股权（份）。

从代持股出现的原因来分析，主要包括如下几个方面的原因：一是真实的出资人不愿意公开自己的身份，比如有的真实出资人是国家工作人员不能够开展公司经营；二是为了规避经营中的关联交易；三是为了规避国家法律对某些行业持股上限的限制；四是有的公司对股东身份有特别的要求，不符合要求的人也想成为股东，于是私下出资请别人代持股份；五是历史上对于自然人股东持股有限制，转为企业法人代为持股等。

二、代持股的法律效力及法律风险

（一）代持股的法律效力

我国《公司法》目前没有明确关于股权代持的条款，关于股权代持的法律效力主要规定在最高院的司法解释中。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（法释［2014］2 号，下称“《公司法司法解释三》”）第二十五条第一款规定：“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。”该规定说明股权代持协议只要不违反《合同法》第五十二条规定的情形，应当是有效的。《合同法》第五十二条的具体规定为：“有下情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通、损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”同时，《公司法解释三》对于代持股安排中易引发争议的投资权益归属、股东名册变更、股权处分等事项也进行了规定，这从司法实践层面认可了代持股本身的合法性。

（二）代持股存在的法律风险

从法律规定及实践来看，代持股主要存在如下几个方面的法律风险：

1. 股权代持协议被认定为无效的法律风险

根据《公司法司法解释三》第二十五条第一款及《合同法》第五十二条的规定，结合实践中的具体情况，如果设定代持股的目的在于恶意串通、损害第三方利益、以合法形式掩盖非法目的或规避法律行政法规的强制性规定，则股权代持协议通常会被认定为无效。譬如，外资为规避市场准入而实施的股权代

持或者以股权代持形式实施的变相贿赂等，该等股权代持协议最终可能被认定为无效，公司也有可能因此承担相应的法律责任。

2. 名义股东被要求履行公司出资义务的风险

根据《公司法司法解释三》的规定，由于代持协议的效力不能对抗善意第三人，因此名义股东需承担公司的出资义务。如果出现实际投资人违约不出资，那么名义股东面临着必须出资的风险。在实践中，也存在出资不实被公司或善意第三人要求补足出资的情形，这种情形下名义股东不得以代持协议对抗议公司或者善意第三人，尽管名义股东可以在出资后向实际投资人追偿。

3. 双重征税的风险

在股权代持中，当条件成熟、实际股东准备解除代持协议书时，实际出资人和名义股东都将面临税收风险。通常而言，税务机关往往对于实际投资人的一面之词并不认可，并要求实际股东按照公允价值计算缴纳企业所得税或者个人所得税。国家税务总局公告 2011 年第 39 号对于企业个人代持股的限售股征税问题进行了明确。具体而言，因股权分置改革造成原由个人限售股取得的收入，应作为企业应税收入计算纳税。依照该规定完成纳税义务后的限售股转让收入余额转付给实际所有人时不再缴税。然而，国家税务总局公告 2011 年第 39 号仅适用于企业转让上市公司限售股的情形，对于实际生活当中普遍存在其他代持现象仍存在双重征税的风险。

三、代持股的所得税问题

如前所述，国家税务总局于 2011 年 7 月 7 日出台的《国家税务总局关于企业转让上市公司限售股有关所得税问题的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 39 号，下称“39 号公告”）对于企业为个人代持的限售股征税问题进行了明确，避免了双重征税。但 39 号公告仅适用于企业转让上市公司限售股的情形。鉴于此，在实践中，主要存在如下两种涉税处理观点：

观点一：“形式重于实质”课税原则。在该原则下，税法遵从法律形式上的名义股东或显名股东，而一般不考虑其背后的实际出资人或隐名股东。

观点二：“实质重于形式”课税原则。在该原则下，税法上确立的准则是依据股权代持的经济实质而非其法律形式。

在评价与适用上述原则之前，让我们先来看一个案例：

【例 44－1】“代持股”的所得税问题

假定，A 公司成立于 2010 年，注册资本为 1,000 万元，主要从事投资业务。

2011年6月，B公司与A公司签订《委托持股协议》，委托A公司代为持有C公司股权，代为行使相关股东权利。该协议约定，A公司共向C公司增资300万元，其中100万元属于B公司投入并代B公司持有。假定，A公司对C公司具有重大影响，采用成本法核算。2012年，C公司分配年度股息15万元（其中，A公司应享有10万元，B公司应享有5万元）。2013年，A公司转让持有的C公司股权作价1800万元，取得投资收益1500万元（其中，A公司应享有1000万元，B公司应享有500万元）。

问题：A、B公司应该如何对上述业务进行财税处理？

【解析】

一、按照“形式重于实质”进行处理

从实践来看，基于代持股形成原因的复杂性以及隐蔽性，各地税务机关对于代持股的处理意见一般倾向于按照“形式重于实质”的原则来进行处理，因为这样税务处理上简单便利，利于征管。

1. A公司收到B公司支付的100万元投资款时

A公司	B公司
借：银行存款 100 贷：其他应付款——B 100	借：其他应收款——A 100 贷：银行存款 100

2. A公司对C公司进行投资时

A公司	B公司
借：长期股权投资 300 贷：银行存款 300	N/A

3. A公司收到C公司分红时

A公司	B公司
借：银行存款 15 贷：投资收益 15 借：其他应付款——B 5 贷：银行存款 5	借：银行存款 5 贷：其他应收款——A 5

在税务上，该15万元全额作为免税股息进行纳税处理，对B公司支付其应享有的投资收益时，直接冲减其他应付款（B公司）5万元。

4. A 转让持有的 C 公司股权时

A 公司	B 公司
借：银行存款　1800 贷：长期股权投资　300 投资收益　1500 借：其他应付款——B　375 贷：银行存款　375	借：银行存款　375 贷：其他应收款——A　375

在税务上，A 公司将取得的股权转让收益 1500 万元在当年度申报企业所得税 375 万元，税后收益 1125 万元。A 公司将税后收益 375 万元支付给 B 公司时，同样冲减其他应付款（B 公司）。这样处理后的结果是，企业所得税全部在 A 公司缴纳，但与 B 公司的往来中，其他应付款出现 280 万元（375 + 5 − 100）的借方余额。同时，B 公司的账务上则会出现其他应收款的贷方余额（A 公司）280 万元。B 公司长期挂账的往来款，税务检查时需解释清楚，并能说服税务局人员，这些是交过企业所得税的，所以 B 公司还需将 A 公司交企业所得税的资料，代持股权协议，银行往来记录等复印备查。

还需要注意的是，在实践中，对于冲减往来款后的借方余额部分 280 万元，税务机关一般会作为资金占用费处理，即按照借款利息处理，征收企业所得税、营业税。同时，在账务上这个借方余额 280 万元本身也不好冲平处理。

如果 A 公司不在往来核算，375 万元直接冲减税收利润。即：

借：利润分配——未分配利润　375

贷：银行存款　375

A 公司的凭证附件应包括代持协议，银行付款记录等真实性证明资料，A 公司的税收风险较低。但处理的疑难问题在于，B 公司对取得的 375 万如何进行账务处理？如作为投资收益 375 万元并且申请免税股息时，则可能无法提供税务局认可的资料。如将这 375 万元作为应税所得交税的话，则存在企业所得税双重征税问题，加重的 B 公司的税收负担。如此处理的分录如下：

借：银行存款　375

贷：投资收益——C　375

二、按照“实质重于形式”进行处理。

1. A 公司对 C 公司进行投资时，仅仅按照 200 万元进行账务处理：

借：长期股权投资　200

贷：银行存款　200

但这样处理的结果是账务处理与银行汇款记录、C 公司章程记载以及股东名册的记录并不相符合。

2. A 公司收到股息 15 万元时，按照 10 万元进行免税股息申报，但这与其他书面证据并不相符合，譬如，投资记录、C 公司章程记载、银行汇款记录、股东名册与账务处理不符等。

3. A 公司取得的股权转让所得 1500 万元，A 公司按照 1000 万元纳税，B 公司按照 500 万元纳税。但这样处理也并不一定会得到税务局的认可。如果 A 公司与 B 公司分属不同地方税务局，则还可能存在税源争议。

通过上述案例分析，我们可以看出，目前实践中税务机关的征管思路基本是按照“形式重于实质”原则来进行处理，但如果名义股东与隐名股东之间通过往来款项来进行处理的话，则很可能存在往来款项余额不好找平以及重复征税的问题。笔者认为，从账务处理的角度来看，A 公司应该按照实际对 C 公司的资本投入额 300 万元来进行账务处理，同时在对股息分配、股权转让收益进行税务处理时，应按照法律形式即按照名义持有人来进行处理，这完全可以参照 39 号公告对于有关限售股的规定精神来进行处理。此时，A 公司对 B 公司转付股息时不冲减往来款项（B 公司直接作为投资收益处理），A 公司对 B 公司支付股权转让收入时，应先直接冲减其他应付款科目，不够冲减的应从利润分配（未分配利润）科目进行处理。上例中 A、B 公司的账务处理如下：

A 公司	B 公司
借：银行存款 15 贷：投资收益 15 借：投资收益 5 贷：银行存款 5 借：银行存款 1800 贷：长期股权投资 300 投资收益 1500 借：其他应付款——B 100 利润分配——未分配利润 275 贷：银行存款 375	借：银行存款 5 贷：投资收益 5 借：银行存款 375 贷：其他应收款——A 100 投资收益 275

在税务处理上，对于股息分配总额 15 万元，A 公司以名义股东的身份进行免税股息申报，转付给 B 公司后，亦作为免税股息处理；对于股权转让收益 500 万元，A 公司以名义股东的身份申报缴纳企业所得税（对应于 B 公司部分 125 万元由 B 公司承担），由于股权已经处置，所以 A 公司应先冲减完其他应付款后

将剩余部分375万元支付给B公司。此时，既不存在将往来款项冲减为借方余额从而导致新的企业所得税、增值税的问题，也不存在重复征税的问题，即B公司应作为不征税投资收益处理（因为已经由A公司缴纳）。从总体国家税收来看，不存在税收流失的风险，对于企业而言也不存在重复征税。

需要注意的是，如果B不是公司而是个人时，A公司缴纳企业所得税后向B个人支付款项时，是否存在代扣代缴义务或者说B个人是否存在个人所得税纳税义务呢？笔者认为，依然可以参照39号公告的处理思路，A公司完成纳税义务后的股权转让收入余额转付给实际所有个人时不再纳税。这就导致了我们在实践操作时，需要在代持股协议中，明确名义股东与隐名股东直接就税款的承担进行明确约定，否则可能会导致出现争议。譬如，上例中，A公司就应该要求在代持股协议中明确，就代持股部分可能产生的企业所得税税款应从B个人应享有的投资收益部分中予以扣除。

同时，我们还注意到，除上述企业代持股权外，自然人之间的股权代持现象也较为常见。根据国家税务总局《股权转让所得个人所得税管理办法（试行)》（国家税务总局公告2014年第67号，下称“67号公告”）的相关规定，将股权转让给配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹以及对转让人承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人，如果申报的股权转让价格偏低，则被视为有正当理由而免于核定征收。因此，个人股东若因各种原因需要代持，应尽量在上述范围内选择代持对象，以减少未来解除代持协议所可能产生的税务负担。

最后，鉴于代持股的现象在实践中大量存在，纳税人往往因为缺乏充足的证明材料而无法说服税务机关按照经济实质课税，最终被迫接受按照公允价格计税的补税决定。在此，笔者建议隐名股东应重视有关材料的收集（如出资的支付凭证、参与公司股东会的决议、参与公司利润分配的凭证等)，并加强与税务机关的交流和沟通，必要时获取法院关于实际股东身份的确权判决等，以尽最大可能维护自身的合法涉税权益。同时，笔者也建议，税务机关应参照39号公告的精神，从避免重复征税的角度出台相关的带有普适意义的代持股税收政策。

四、代持股的增值税问题

其实，我们在上述第三部分中，已经或多或少地涉及了代持股的增值税问题。特别是名义股东与隐名股东之间通过往来款项冲减进行账务处理出现借方余额时，税务机关在实践中，可能会按照借款利息来进行增值税税务处理。除

了名义企业股东之外，实践中还普遍存在通过合伙企业进行代持的现象，有关内容笔者已经在“专题 34：合伙税制与实践”中进行了介绍，不再赘述。同时，还需要说明的是，对于公司转让非上市公司股权时，不存在增值税纳税义务。

第七篇　创新金融工具

本篇综述

随着金融领域的不断创新，各种各样的创新金融工具不断地涌现，在经济生活中扮演越来越重要的角色，很多金融工具对于大众而言，并非“遥不可及”而已是深入大众、深入日常理财。譬如，我们将要介绍的互联网金融工具中的“P2P 借贷”、银行理财产品等。

其实，在本书的第一篇“投融资与资产划转（入）”中的混合性投资业务中，笔者已经介绍了部分创新金融工具的税务问题。譬如，可转换、可分离、可交换债券的税务问题，优先股、永续债及银行次级债的税务问题，信托股权投资业务的税务处理等。在本篇，笔者将接着对其他的一些创新金融工具的税务处理问题进行介绍。其主要内容包括：融资租赁及售后租回的税务问题、资产证券化的税务问题、互联网金融业务的税务问题、理财产品的税务问题以及融资融券业务的财税问题。

专题45：融资租赁及售后回租业务的税务问题

内容概览

融资租赁是指在实质上转移与一项资产所有权有关的全部风险和报酬的一种租赁。融资租赁作为金融创新业务的一种，在金融业中扮演了一个特殊的角色。其主要涉及大型设备、运输工具的融资租赁以及售后回租等。这样的融资行为主要涉及增值税、所得税等税种。本专题包含如下内容：

■ 融资租赁及售后回租的概念及主要特征

■ 融资租赁（直接融资租赁业务）的税务问题

■ 融资租赁（售后回租业务）的税务问题

一、融资租赁及售后回租的概念及主要特征

（一）融资租赁的概念

融资租赁（Financial Leasing）又称金融租赁、设备租赁（Equipment Leasing）或现代租赁（Modern Leasing），是指实质上转移与资产所有权有关的全部或绝大部分风险和报酬的租赁。资产的所有权最终可以转移，也可以不转移。融资租赁系与经营性租赁相对的一个概念，它们之间的本质区别在于，经营性租赁是以承租人租赁使用物件的时间计算租金，而融资租赁以承租人占用融资成本的时间计算租金。融资租赁是集融资与融物、贸易与技术更新于一体的金融产业。根据《金融租赁公司管理办法》（中国银监会令2014年第3号，下称“《管理办法》”）第三条规定：“本办法所称融资租赁，是指出租人根据承租人对租赁物和供货人的选择或认可，将其从供货人处取得的租赁物按合同约定出租给承租人占有、使用，向承租人收取租金的交易活动。”同时，《管理办法》第四条规定：“适用于融资租赁交易的租赁物为固定资产，银监会另有规定的除外。”前述定义的核心要点在于出租人按照承租人的选择或认可，出租人从供货人处购进租赁物并按照租赁合同的约定出租给承租人。同时，该租赁物除银监

会另有规定，只能是固定资产，在实务中一般是大型的飞机、船舶、机器设备以及生产线等。

概括地讲，融资租赁是指出租人根据承租人对租赁物件的特定要求和对供货人的选择，出资向供货人购买租赁物件，并租给承租人使用，承租人则分期向出租人支付租金，在租赁期内租赁物件的所有权属于出租人所有，承租人拥有租赁物件的使用权。租期届满，租金支付完毕并且承租人根据融资租赁合同的规定履行完全部义务后，对租赁物的归属没有约定的或者约定不明的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定，仍然不能确定的，租赁物件所有权归出租人所有。

（二）融资租赁的主要特点及类型

1. 融资租赁的主要特点

融资租赁业务与传统的租赁业务相比较，主要具有如下特点：

（1）融资租赁业务涉及出租人、承租人以及租赁资产或设备的供应商三方当事人。出租人与承租人之间存在一个租赁合同，出租人与供应商之间存在租赁物的买卖合同。

（2）租赁物和租赁物供应商由承租人决定，出租人出资购买并租赁给承租人使用，并且在租赁期间内只能租给一个企业使用。承租人负责检查验收供应商所提供的租赁物，对该租赁物的质量与技术条件出租人不向承租人做出担保。

（3）融资租赁租金计算构成了融资租赁合同的核心。需要租赁双方根据租赁方式、市场利率和租赁时间长短等因素综合考虑协商确定。

（4）出租人保留租赁物的所有权，承租人在租赁期间支付租金而享有使用权，并负责租赁期间租赁物的管理、维修和保养。租期结束后，承租人一般对租赁物有留购、续租和退租三种选择，若要留购，购买价格可由租赁双方协商确定。

2. 融资租赁的主要类型

实践中，融资租赁业务常见的业务模式包括：直接融资租赁（直租业务）、售后回租和其他融资租赁方式。其他融资租赁方式又可包括转租赁、委托租赁、杠杆租赁、分成租赁等。笔者将其总结如下表 45 - 1：

表 45－1：融资租赁业务的分类

种类		涵义
直接融资业务（直租业务）		由承租人指定设备及生产厂家，委托出租人融通资金购买并提供设备，由承租人使用并支付租金，租赁期满由出租人向承租人转移设备所有权。它以出租人保留租赁物所有权和收取租金为条件，使承租人在租赁期内对租赁物取得占有、使用和收益的权利。这是一种最典型的融资租赁方式。
售后回租业务		出售回租，有时又称售后回租、回租赁等，是指物件的所有权人首先与租赁公司签订买卖合同，将物件卖给租赁公司，取得现金。然后，物件的原所有权人作为承租人，与该租赁公司签订回租合同，将该物件租回。承租人按回租合同还完全部租金，并付清物件的残值以后，重新取得物件的所有权。
其他融资租赁业务	转租赁	以同一物件为标的物的多次融资租赁业务。在转租赁业务中，上一租赁合同的承租人同时又是下一租赁合同的出租人，称为转租人。转租人向其他出租人租入租赁物件再转租给第三人，转租人以收取租金差为目的。租赁物品的所有权归第一出租人。
	委托租赁	出租人接受委托人的资金或租赁标的物，根据委托人的书面委托，向委托人指定的承租人办理融资租赁业务。在租赁期内租赁标的物的所有权归委托人，出租人只收取手续费，不承担风险。
	杠杆租赁	杠杆租赁（Leveraged Lease）又称为平衡租赁或减租租赁、第三者租赁、举债经营融资租赁等，指作为出租人的融资租赁公司以自有资金投资租赁设备的 20%～40%，其他设备价款通过银行或其他金融机构借款来募集，然后将购得的设备出租给承租人的一种租赁方式。
	分成租赁	一种结合投资的某些特点的创新性租赁形式。租赁公司与承租人之间在确定租金水平时，是以租赁设备的生产量与租赁设备相关收益来确定租金，而不是以固定或者浮动的利率来确定租金，设备生产量大或与租赁设备相关的收益高，租金就高，反之则少。

限于篇幅，本专题仅仅介绍最常见的直接融资租赁业务（直租业务）和售后回租业务的税收问题。

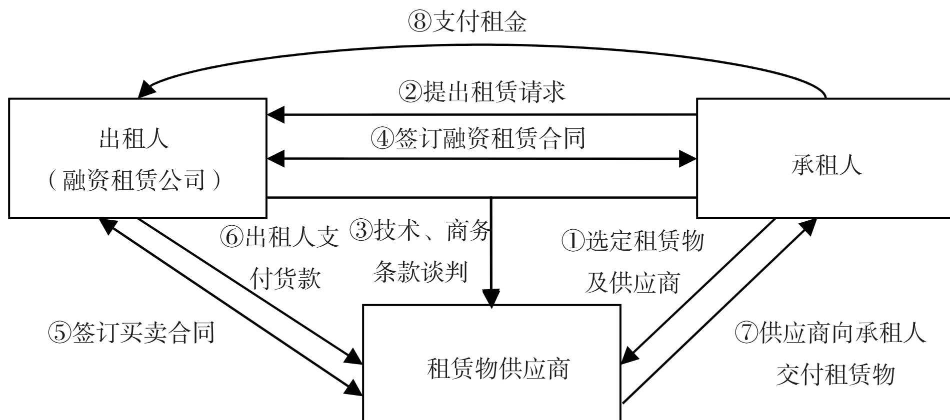
二、融资租赁（直租业务）的税务问题

（一）直租业务的交易流程

应该讲，直租业务是融资租赁中最常见、最典型的一种传统融资租赁业务方式。在直租业务中，融资租赁公司是租赁物的购买人也是出租人，承租人选

择租赁物和租赁物供应商。融资租赁公司与承租人之间签订《融资租赁合同》，融资租赁公司与供应商之间签订《买卖合同》，融资租赁公司用自有或募集资金支付供应商货款，购买租赁物。租赁物直接交付给承租人使用，并由承租人向出租人交付租金。租赁期满，融资租赁公司一般会将租赁物的所有权以名义价格或者较低廉的价格出售给承租人。直租业务的有关交易流程图如下图 45 －1：

图 45 －1：直租业务的交易流程图



（二）直租业务的增值税规定

1. 营改增之前融资租赁的营业税规定

在营改增之前，我国融资租赁的税收规定主要包括《国家税务总局关于营业税若干问题的通知》（国税发［1995］76 号）、[①]《国家税务总局关于融资租赁业务征收营业税的通知》（国税函发［1995］656 号）、[②]《财政部 国家税务总局关于转发〈国务院关于调整金融保险业税收政策有关问题的通知〉的通知》（财税字［1997］45 号）、[③]《国家税务总局关于融资租赁业务征收流转税问题的通知》（国税函［2000］514 号）、《国家税务总局关于融资租赁业务征收流转税问题的补充通知》（国税函［2000］909 号）、《关于营业税若干政策问题的通

---

① 笔者注：该文第一条“关于融资租赁征税问题”规定，《营业税税目注释》中的“融资租赁”，是指经中国人民银行批准经营融资租赁业务的单位所从事的融资租赁业务，其他单位从事融资租赁业务应按“服务业”税目中的“租赁业”项目征收营业税。根据后来的国税函发［1995］656 号的规定，该条失效。

② 笔者注：根据《国家税务总局关于发布已失效或废止的税收规范性文件目录的通知》（国税发［2006］62 号）文件规定，该文于 2006 年 4 月 30 日废止。

③ 笔者注：根据《财政部 国家税务总局关于公布若干废止和失效的营业税规范性文件的通知》（财税［2009］61 号）的规定，该文第一条、第二条、第八条、第九条失效。

知》（财税［2003］16 号）。

国税函［2000］514 号规定："对经中国人民银行批准经营融资租赁业务的单位所从事的融资租赁业务，无论租赁的货物的所有权是否转让给承租方，均按《中华人民共和国营业税暂行条例》的有关规定征收营业税，不征收增值税。其他单位从事的融资租赁业务，租赁的货物的所有权转让给承租方，征收增值税，不征收营业税；租赁的货物的所有权未转让给承租方，征收营业税，不征收增值税。"国税函［2000］909 号补充规定："《国家税务总局关于融资租赁业务征收流转税问题的通知》（国税函［2000］514 号）的有关法规，同样适用于对外贸易经济合作部批准经营融资租赁业务的外商投资企业和外国企业所从事的融资租赁业务。"

同时，财税字［1997］45 号第三条"关于融资租赁业务营业额问题"规定："纳税人经营融资租赁业务，以其向承租者收取的全部价款和价外费用（包括残值）减去出租方承担的出租货物的实际成本后的余额为营业额。出租货物的实际成本，包括由出租方承担的货物购入价、关税、增值税、消费税、运杂费、安装费、保险费等费用。"财税［2003］16 号第三条"关于营业额问题"第（十一）项规定："经中国人民银行、外经贸部和国家经贸委批准经营融资租赁业务的单位从事融资租赁业务的，以其向承租者收取的全部价款和价外费用（包括残值）减除出租方承担的出租货物的实际成本后的余额为营业额。以上所称出租货物的实际成本，包括由出租方承担的货物的购入价、关税、增值税、消费税、运杂费、安装费、保险费和贷款的利息（包括外汇借款和人民币借款利息）。"

根据上述规定可以得出：营改增之前，如果属于人民银行和对外贸易经济合作部批准经营融资租赁业务的单位所从事的融资租赁业务征收营业税，不征收增值税；其他单位从事的融资租赁业务，租赁的货物的所有权转让给承租方，征收增值税，不征收营业税；租赁的货物的所有权未转让给承租方，征收营业税，不征收增值税。按照营业税征税的，按照"金融保险业"税目按 5% 税率执行。

在营改增之前，缴纳营业税的融资租赁公司购进租赁物取得的增值税发票不得抵扣进项税，承租方也只能取得融资租赁公司开具的营业税发票，亦无法抵扣进项税。增值税抵扣链条的中断无疑影响和限制了融资租赁业务的发展。这也是后来售后回租业务发展出来的原因所在。因为在售后回租业务中，承租人可以抵扣购进租赁物的进项税（详见后文）。

2. 营改增之后融资租赁的增值税规定

营改增的最新文件是 2016 年 3 月 23 日发布并于 2016 年 5 月 1 日起施行的

《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税［2016］36 号，下称“36 号文”）以及相关配套文件。36 号文对有形动产或不动产直接融资租赁业务征收增值税进行了明确的规定。主要的规定如下：

（1）36 号文明确融资租赁的概念及适用税率

36 号文附件 1“营业税改征增值税试点实施办法”（下称“《营改增试点实施办法》”）附件“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（六）项“现代服务”第 5 点“租赁服务”明确规定，融资租赁服务，是指具有融资性质和所有权转移特点的租赁活动。即出租人根据承租人所要求的规格、型号、性能等条件购入有形动产或者不动产租赁给承租人，合同期内租赁物所有权属于出租人，承租人只拥有使用权，合同期满付清租金后，承租人有权按照残值购入租赁物，以拥有其所有权。不论出租人是否将租赁物销售给承租人，均属于融资租赁。按照标的物的不同，融资租赁服务可分为有形动产融资租赁服务和不动产融资租赁服务。融资性售后回租不按照本税目缴纳增值税。

同时，《营改增试点实施办法》第十五条还规定，提供有形动产租赁服务，增值税率为 17%。提供不动产租赁服务，增值税税率为 11%。

（2）36 号文明确融资租赁的销售额的确定

36 号文附件 2“营业税改征增值税试点有关事项的规定”（下称“《营改增试点事项规定》”）第一条第（三）项第 5 点“融资租赁和融资性售后回租业务”规定：

①经人民银行、银监会或者商务部批准从事融资租赁业务的试点纳税人，提供融资租赁服务，以取得的全部价款和价外费用，扣除支付的借款利息（包括外汇借款和人民币借款利息）、发行债券利息和车辆购置税后的余额为销售额。

②经商务部授权的省级商务主管部门和国家经济技术开发区批准的从事融资租赁业务的试点纳税人，2016 年 5 月 1 日后实收资本达到 1．7 亿元的，从达到标准的当月起按照上述第①点规定执行；2016 年 5 月 1 日后实收资本未达到 1．7 亿元但注册资本达到 1．7 亿元的，在 2016 年 7 月 31 日前仍可按照上述第①点规定执行，2016 年 8 月 1 日后开展的融资租赁业务不得按照上述第①点规定执行。

（3）36 号文明确融资租赁的税收优惠政策

36 号文附件 3“营业税改征增值税试点过渡政策的规定”（下称“《营改增试点过渡政策规定》”）第二条“增值税即征即退”第（二）项规定，经人民银行、银监会或者商务部批准从事融资租赁业务的试点纳税人中的一般纳税人，提供有形动产融资租赁服务，对其增值税实际税负超过 3% 的部分实行增值税即

征即退政策。商务部授权的省级商务主管部门和国家经济技术开发区批准的从事融资租赁业务和融资性售后回租业务的试点纳税人中的一般纳税人，2016 年 5 月 1 日后实收资本达到 1.7 亿元的，从达到标准的当月起按照上述规定执行；2016 年 5 月 1 日后实收资本未达到 1.7 亿元但注册资本达到 1.7 亿元的，在 2016 年 7 月 31 日前仍可按照上述规定执行，2016 年 8 月 1 日后开展的有形动产融资租赁业务不得按照上述规定执行。

上述“增值税实际税负”是指纳税人当期提供应税服务实际缴纳的增值税额占纳税人当期提供应税服务取得的全部价款和价外费用的比例。

【疑难问题 45 - 1】 如何理解和适用融资租赁业务增值税实际税负超 3% 部分实行即征即退政策？

根据 36 号文的规定，融资租赁业务增值税实际税负超 3% 部分实行即征即退政策。如何理解和适用呢？需要注意如下两个问题：一是，增值税实际税负如何计算？二是，即征即退税额的计算。

对于第一个问题，根据 36 号文的规定，增值税实际税负 = 纳税人当期提供应税服务实际缴纳的增值税额/纳税人当期提供应税服务取得的全部价款和价外费用之和。在原《财政部 国家税务总局关于在上海市开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点的通知》（财税［2011］111 号）① 出台之时，由于并没有对其计算进行明确，实践中，存在执行争议：计算的分母是按租赁收入总额计算或是以租赁收入扣除成本后的余额计算？各试点地区的税务机关执行亦不统一。譬如，上海等地规定可以以扣除成本之后的余额作为计算税负率的分母，而《北京市国税局关于营业税改征增值税试点部分政策及管理问题的指导意见（二）》则规定“应按照全部收入作为分母进行计算，不得按照减除扣除项目后的差额作为分母进行计算”。部分人士认为，应按照租赁收入扣除成本后的余额计算。其主要理由是，原征收营业税时是按照《财政部 国家税务总局关于营业税若干政策问题的通知》（财税［2003］16 号）的规定以差额部分作为营业税的计税依据计征营业税，在营改增后应该延续此种税款计算方式。在 2012 年 12 月，《财政部 国家税务总局关于交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点应税服务范围等若干税收政策的补充通知》（财税［2012］86 号）② 的

---

① 笔者注：该文被后来的《财政部 国家税务总局关于在全国开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点税收政策的通知》（财税［2013］37 号）所废止。

② 笔者注：该文被后来的《财政部 国家税务总局关于在全国开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点税收政策的通知》（财税［2013］37 号）所废止。

出台，明确了该问题。该文第八条规定："增值税实际税负是指，纳税人当期实际缴纳的增值税税额占纳税人当期提供应税服务取得的全部价款和价外费用的比例。"后来的《财政部 国家税务总局关于在全国开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点税收政策的通知》（财税［2013］37 号）、[①]《财政部国家税务总局关于将铁路运输和邮政业的营业税改征增值税试点的通知》（财税［2013］106 号）和 36 号文延续了该规定。笔者认为，36 号文采用租赁收入总额的规定是准确的，它遵循了增值税进项抵扣制度的基本规则，使得融资租赁企业在整个租赁项目期间总体税负可以享受超 3% 部分即征即退优惠政策。

对于第二个问题，需要注意的是，36 号文规定的"增值税实际税负超过 3% 的部分实行即征即退政策"并不是简单地计算为"销售额的 14%"也不是"销项减去进项余额的 14%"，而应该参照《财政部 国家税务总局关于软件产品增值税政策的通知》（财税［2011］100 号）第四条的规定执行，即即征即退税额的公式如下：

即征即退税额 = 当期增值税应纳税额 − 当期不含税销售额 ×3%

当期增值税应纳税额 = 当期销项税额 − 当期进项税额

当期销项税额 = 当期销售额 ×17%

譬如，假定甲融资租赁公司根据承租人乙公司的要求从设备供应商丙公司处购进一台设备，采购成本为 1000 万元（取得专用发票），将其租赁给乙公司，租金总额为 1200 万元，分 6 年收取，每年 200 万元。假定不考虑其他因素。则由于即征即退是按月来计算增值税实际税负而不是按照项目整个周期来计算增值税实际税负，因此甲公司购入设备时取得进项税金 170 万元（1000 ×17%），根据《国家税务总局关于发布〈不动产进项税额分期抵扣暂行办法〉的公告》（国家税务总局公告 2016 年第 15 号）第二条规定："增值税一般纳税人（以下称纳税人）2016 年 5 月 1 日后取得并在会计制度上按固定资产核算的不动产，以及 2016 年 5 月 1 日后发生的不动产在建工程，其进项税额应按照本办法有关规定分 2 年从销项税额中抵扣，第一年抵扣比例为 60%，第二年抵扣比例为 40%。每期取得租金收入时，用计算出的销项税减除进项税。"那么出租人在前 5 年内都是没有产生实际应纳增值税的。那么，在第 6 年时，由于没有进项，则增值税实际税负 = （200 ×17% − 0）/200 = 34/200 = 17% > 3%，可以申请享受超 3% 部分的即征即退优惠政策。即征即退税额 = 200 × （17% − 3%） = 28

① 笔者注：该文被后来的《财政部 国家税务总局关于将铁路运输和邮政业纳入营业税改征增值税试点的通知》（财税［2013］106 号）所废止。

（万元），实际缴纳增值税为 6 万元。

此外，36 号文附件 4“跨境应税行为适用增值税零税率和免税政策的规定”（下称“《跨境应税行为政策规定》”）第三条规定：“境内的单位或个人提供程租服务，如果租赁的交通工具用于国际运输服务和港澳台运输服务，由出租方按规定申请适用增值税零税率。境内的单位和个人向境内单位或个人提供期租、湿租服务，如果承租方利用租赁的交通工具向其他单位或个人提供国际运输服务和港澳台运输服务，由承租方适用增值税零税率。境内的单位或个人向境外单位或个人提供期租、湿租服务，由出租方适用增值税零税率。”

（三）直租业务的企业所得税规定

对于直租业务而言，涉及企业所得税的包括三个方面的问题：

一是，租赁企业收取的租金以及租赁期满转让租赁物取得的所得涉及的企业所得税问题；

二是，租赁业务发生的相关费用是否允许税前扣除；

三是，融资租赁物的折扣是否允许税前扣除。

对于第一个问题，根据《企业所得税法》第六条、《企业所得税法实施条例》第十九条的规定，出租人收取的租金以及期满时取得的租赁物转让所得应并入应纳税所得额计缴企业所得税。其中，租金收入按照合同约定的承租人应付租金的日期确认收入的实现。承租人支付的与融资租赁相关的价款，根据《企业所得税法实施条例》第五十八条第（三）项规定：“融资租入的固定资产，以租赁合同约定的付款总额和承租人在签订租赁合同过程中发生的相关费用为计税基础，租赁合同未约定付款总额的，以该资产的公允价值和承租人在签订租赁合同过程中发生的相关费用为计税基础；”应计入固定资产的原值，分期计提折旧扣除。

对于第二个问题，根据《企业所得税法》第八条的规定，出租人实际发生的与取得租赁收入有关的、合理的支出，包括成本、费用、税金、损失和其他支出，准予在计算应纳税所得额时扣除。承租人发生的与融资租赁相关的费用，根据前述《企业所得税法实施条例》第五十八条第（三）项规定，亦应计入固定资产的原值，分期计提折旧扣除。

对于第三个问题，根据《企业所得税法》第十一条的规定，出租人以融资租赁方式租出的固定资产不得计算折扣扣除。同时，依据《企业所得税法实施条例》第四十七条第（二）项规定：“承租人以融资租赁方式租入固定资产发生的租赁费支出，按照规定构成融资租入固定资产价值的部分应当提取折旧费

用，分期扣除。”从条例第四十七条第（二）项以及第五十八条第（三）项规定可以看出，税法有关融资租赁计税基础的规定并未考虑会计准则中计算最低融资租赁付款额的现值。其采用相对简化的处理方式，按合同规定的租赁付款额或者公允价值作为固定资产的入账原值，然后分期计提折旧。因此，在会计上未计入资产成本的“未确认融资费用”，因其实际已经包含在计税基础中，按规定应当以折旧的方式在固定资产的使用期限内分期扣除，不得在税前直接扣除，应调增应纳税所得额。

（四）直租业务的印花税规定

根据《国家税务局关于对借款合同贴花问题的具体规定》（（1988）国税地字第30号）第四条“关于对融资租赁合同的贴花问题”的规定，银行及其金融机构经营的融资租赁业务，是一种以融物方式达到融资目的的业务，实际上是分期偿还的固定资金借款。因此，对融资租赁合同，可据合同所载的租金总额暂按“借款合同”计税贴花。

（五）直租业务的附加税收规定

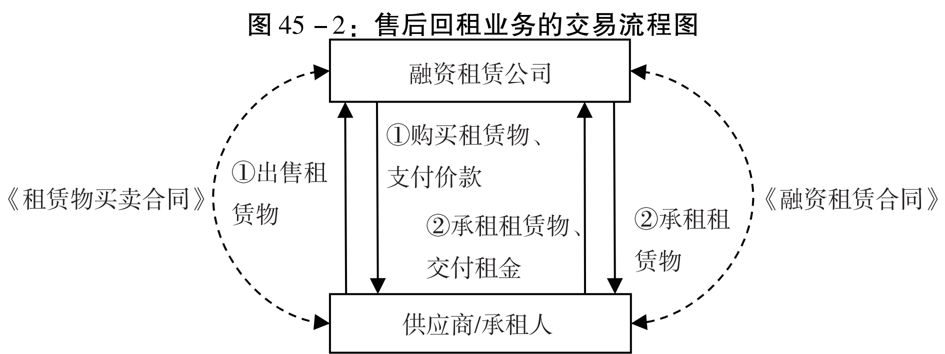
融资租赁业务以增值税为基数计算的城建税、教育费附加等依照税法的有关规定执行。

三、融资租赁（售后回租业务）的税务问题

（一）售后回租业务的交易流程

如前所述，售后回租，是指承租人为了提高资产流动性、均衡税负、改善资产负债表等需要，将自有设备等固定资产以公允价值出卖给租赁企业，然后再从租赁企业租回使用并按期支付租金的业务形式。承租人和供应商为同一人的融资租赁。一个典型的售后回租的交易结构如下图45－2：

图45－2：售后回租业务的交易流程图



上述交易流程可以总结为：

首先，承租企业直接与设备供货商签订购买合同，设备供货商将购置设备的增值税专用发票开给承租企业，但购置设备的款项先由融资租赁企业支付或者由承租企业支付（这往往出现在承租企业已经实际购入设备的情况下，因为流动资金的欠缺而采用售后租回的方式），在出售时再由融资租赁企业支付给承租企业。

其次，融资租赁企业和承租企业签订设备回租协议。如果承租企业购买设备的价款已由融资租赁企业垫付的，不再需要向承租方支付价款；如果未垫付的，则由融资租赁企业支付价款给承租企业。

最后，融资租赁企业再和承租企业签订融资租赁协议，将设备租赁给承租企业，承租企业向融资租赁公司支付租赁费。

作为一种特殊的融资租赁方式，售后回租与直租业务相比，售后回租主要目的更多是“融资”而不是“融物”。其实质是以租赁物为标的的融资活动，与银行贷款并无本质差别。不同之处在于，银行贷款需要租赁物抵押权做担保，而售后回租需要用租赁物的所有权进行担保，拥有所有权的出租人在处置租赁物时更加直接方便。融资租赁的融资成本一般高于银行贷款，通常承租人只有在货币政策严格、银行贷款困难时，或者银行贷款对资本金有刚性要求时，才会考虑更高成本的售后回租融资。

（二）售后回租的增值税规定

1. 营改增之前售后回租的营业税规定

（1）13 号公告之前的融资租赁业务

在传统的直租业务模式下，由于当时的融资租赁企业是营业税纳税人，因此融资租赁企业取得设备供货商开具的增值税专用发票无法抵扣进项税金。同时，融资租赁企业向承租企业收取租赁费时开具的是营业税发票，设备承租企业支付了租金却无法获得增值税抵扣。也就是说，承租企业通过融资租赁方式添置固定资产不能抵扣增值税，这无疑增加了承租企业的采购成本。因此，在增值税全面转型开始后，许多企业在获取生产设备时放弃了融资租赁方式，转而采取向银行直接融资购买设备的做法，这对正在发展中的融资租赁行业无疑是致命打击。

（2）13 号公告之后的售后回租业务

基于上述原因，融资租赁行业通过售后回租的方式来解决设备租赁企业的增值税进项税抵扣问题。但是，售后回租方式要得以操作成功，关键在于回租

环节的增值税处理。因为融资租赁企业和承租企业之间存在一个设备回租的环节，按规定承租企业出售资产是应该缴纳增值税的。如果严格按此规定执行，承租企业在这一进一出中实际还是没有获得购置设备的增值税进项税抵扣。

为此，2010 年 9 月，国家税务总局发布《关于融资性售后回租业务中承租方出售资产行为有关税收问题的公告》（国家税务总局公告 2010 年 13 号，下称“13 号公告”），13 号公告规定：“融资性售后回租业务是指承租方以融资为目的将资产出售给经批准从事融资租赁业务的企业后，又将该项资产从该融资租赁企业租回的行为。融资性售后回租业务中承租方出售资产时，资产所有权以及与资产所有权有关的全部报酬和风险并未完全转移。”其第一条规定：“根据现行增值税和营业税有关规定，融资性售后回租业务中承租方出售资产的行为，不属于增值税和营业税征收范围，不征收增值税和营业税。”至此，融资租赁行业遭遇的售后回租难题得以解决。

2. 营改增之后售后回租的增值税规定

36 号文附件 1《营改增试点实施办法》附件“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”第 1 点“贷款服务”规定，融资性售后回租，是指承租方以融资为目的，将资产出售给从事融资性售后回租业务的企业后，从事融资性售后回租业务的企业将该资产出租给承租方的业务活动。还明确融资性售后回租适用该税目征税。《营改增试点实施办法》附件“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（六）项“现代服务”第 5 点“租赁服务”明确规定，融资性售后回租不按照本税目缴纳增值税。其销售额按照如下规定确定：

（1）经人民银行、银监会或者商务部批准从事融资租赁业务的试点纳税人，提供融资性售后回租服务，以取得的全部价款和价外费用（不含本金），扣除对外支付的借款利息（包括外汇借款和人民币借款利息）、发行债券利息后的余额作为销售额。

（2）试点纳税人根据 2016 年 4 月 30 日前签订的有形动产融资性售后回租合同，在合同到期前提供的有形动产融资性售后回租服务，可继续按照有形动产融资租赁服务缴纳增值税。

继续按照有形动产融资租赁服务缴纳增值税的试点纳税人，经人民银行、银监会或者商务部批准从事融资租赁业务的，根据 2016 年 4 月 30 日前签订的有形动产融资性售后回租合同，在合同到期前提供的有形动产融资性售后回租服务，可以选择以下方法之一计算销售额：

①以向承租方收取的全部价款和价外费用，扣除向承租方收取的价款本金，以及对外支付的借款利息（包括外汇借款和人民币借款利息）、发行债券利息后的余额为销售额。

纳税人提供有形动产融资性售后回租服务，计算当期销售额时可以扣除的价款本金，为书面合同约定的当期应当收取的本金。无书面合同或者书面合同没有约定的，为当期实际收取的本金。

试点纳税人提供有形动产融资性售后回租服务，向承租方收取的有形动产价款本金，不得开具增值税专用发票，可以开具普通发票。

②以向承租方收取的全部价款和价外费用，扣除支付的借款利息（包括外汇借款和人民币借款利息）、发行债券利息后的余额为销售额。

显然，与原《财政部 国家税务总局关于将铁路运输和邮政业纳入营业税改征增值税试点的通知》（财税〔2013〕106 号）比较，36 号文将融资性售后回租业务界定为贷款服务，以前争议不休的“本金发票”问题将彻底成为了历史。现在的问题是，由于将其划分为贷款服务，因此承租方无法抵扣进项税，售后回租作为通道业务丧失了节税优势，预期对回租业务量将有一定程度的萎缩。

同时，根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》第十五条的规定，融资性售后回租业务适用税率为 6%。

类似地，根据 36 号文附件 3“营业税改征增值税试点过渡政策的规定”（下称“《营改增试点过渡政策规定》”）第二条“增值税即征即退”第（二）项规定，融资性售后回租业务享受 3% 部分的即征即退优惠政策，同直租业务，不再赘述。

（三）售后回租的所得税规定

根据 13 号公告第二条“企业所得税”的规定：“根据现行企业所得税法及有关收入确定规定，融资性售后回租业务中，承租人出售资产的行为，不确认为销售收入，对融资性租赁的资产，仍按承租人出售前原账面价值作为计税基础计提折旧。租赁期间，承租人支付的属于融资利息的部分，作为企业财务费用在税前扣除。”此规定在营改增后仍然有效。

（四）售后回租的印花税规定

类似于直租业务的规定，不再赘述。

专题 46：资产证券化的税务问题

内容概览

毫无疑问，资产证券化是金融领域的重大金融创新，其主要的特点在于将缺乏流动性但具有预期稳定现金流的资产集合起来，通过证券化结构重组，使之成为可以在金融市场上流通的证券，从而实现融资的一种工具。在我国的实践中，资产证券化的案例已经很多，成为企业结构化融资的重要渠道，特别是 2014 年资产证券化产品呈现了爆发式增长。但是，我国税法对于资产证券化的税收政策则并不健全和清晰。在本专题，笔者将在借鉴国际经验的同时，立足于我国资产证券化的税收制度和政策展开讨论并提供建议。本专题包含如下内容：

■ 资产证券化的涵义、类型、当事人及其交易流程

■ 资产证券化税收制度及其框架结构

■ 我国资产证券化的税收政策概述——以财税［2006］5 号文为中心

■ 发行人（原始权益人）的税收问题

■ 特殊目的载体（SPV）的税收问题

■ 投资者的税收问题

■ 离岸资产证券化的税收问题——以开曼离岸 SPV 为例

一、资产证券化的涵义、类型、当事人及其交易流程

（一）资产证券化的概念

应该说，资产证券化（asset - backed securitization，“ABS”）①存在多种概念和定义。但一般而言，资产证券化可以简短地定义为，指将基础资产通过结构性重组转化为有价证券的金融活动。中国证券监督管理委员会公告［2014］49 号附件 1《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》（下称“《管理规定》”）第二条给出的定义是：“本规定所称资产证券化业务，是指以

① 笔者注：也有翻译为“资产支持证券化”，若无特别说明，本书采用“资产证券化”的翻译。

基础资产所产生的现金流为偿付支持，通过结构化等方式进行信用增级，在此基础上发行资产支持证券的业务活动。”从这个概念来看，资产证券化业务需要关注三个方面的要素：资产证券化的资产、结构性重组和转化的证券。

1. 资产证券化的资产

资产证券化的资产也被称为基础资产（Underlying Asset）。从理论上讲，任何能够产生现金流的资产都可以被用于证券化。在现实中，被证券化的资产往往是缺乏流动性的资产，通过证券化后将流动性低的资产转化为流动性高的证券。《管理规定》第三条对基础资产作出了如下定义：“本规定所称基础资产，是指符合法律法规规定，权属明确，可以产生独立、可预测的现金流且可特定化的财产权利或者财产。”同时，该条还明确：“基础资产可以是单项财产权利或者财产，可以是多项财产权利或者财产构成的资产组合。”“基础资产可以是企业应收款、租赁债权、信贷资产、信托受益权等财产权利，基础设施、商业物业等不动产财产或不动产收益权，以及中国证监会认可的其他财产或财产权利。”从前述规定可以看出，实际上资产证券化的基础资产可以主要分类为实物资产、债权权益资产、财产收（受）益权等三类。

2. 结构性重组

结构性重组是资产证券化的关键所在，正是通过结构性重组，资产证券化才得以安全、有效地实现，因此资产证券化也被称为结构融资（structured finance）。所谓结构性重组，就是将基础资产转移给特殊目的载体（Special Purpose Vehicle，“SPV”）[①] 以实现破产隔离（bankruptcy remote），并对基础资产的现金流进行重组的过程。特殊目的载体是专门为资产证券化而设立的一个特别法律实体。它是结构性重组的核心主体。SPV 被称为没有破产风险的实体，对这一点可以从两个方面理解：一是发起人将基础资产转移给 SPV，必须满足“真实出售”（true sale）的要求，二是 SPV 本身的不易破产性，从而实现破产隔离。

SPV 作为发起人与投资者之间的中介，是证券化交易结构的核心。从资产证券化运作的流程来看，资产证券化构建出的资产证券之所以能吸引投资者，其主要长处在于由“破产隔离”而产生的信用增级，“破产隔离”是 SPV 的本质要求，它是资产证券化运行机制的核心所在，其给予了交易安全以最大限度的保障。实现破产隔离，一方面要限制 SPV 的业务范围，使 SPV 能与其自身引

① 笔者注：特殊目的载体主要包括三大类型：“特殊目的公司”、“特殊目的合伙”和“特殊目的信托”。

起的破产风险相隔离。另一方面，SPV 要完全独立于发起人，使 SPV 能同与发起人相关的破产风险相隔离，使自己不受发起人破产与否的影响。由于基础资产的风险与发起人的风险隔离，从而资产证券的风险也就与发起人隔离，保证了持有资产证券的投资者的收益安全性。

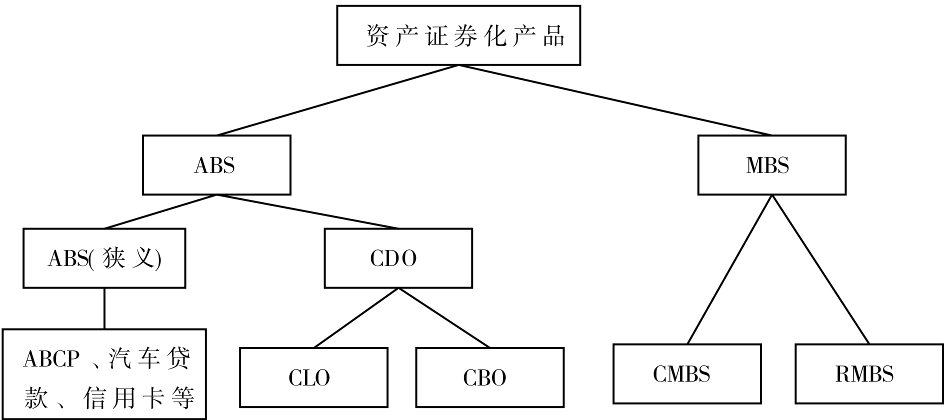
3. 转化的证券

转化的证券是有价证券的一种，也是证明持有人有权取得收入、可自由转让和买卖的权益性或债务性凭证。资产支持证券分为权益类证券和债务类证券两种。

（二）资产证券化的类型

资产证券化的分类一般是以基础资产来进行分类。目前欧美市场上的资产证券化产品基本上可以分为两大类别：资产支持证券（Asset – Backed Security，“ABS”）和房地产抵押贷款证券（Mortgage – Backed Security，“MBS”）。在 ABS 中可以分为狭义 ABS 和 CDO 两类，前者包括信用卡贷款、学生贷款、汽车贷款、设备租赁、消费贷款、房屋资产抵押贷款（home equity loan）等为标的资产的证券化产品，后者是近年内迅速发展的以银行贷款为标的资产的证券化产品。有关分类可以参阅下图 46 – 1：

图 46 – 1：资产证券化产品类型①



注：ABS（Asset – Backed Security）：资产支持证券；ABCP（Asset – Backed Commercial Paper）：资产抵押商业票据；CDO（Collateralized Debt Obligation）：

① 资料来源：《资产证券化产品及其交易研究》（2003. 12. 12 深证综研字第 0087 号）。笔者进行了增补。

抵押债务权益；CLO（Collateralized Loan Obligation）：抵押贷款权益；CBO（Collateralized Bond Obligation）：抵押债券权益；MBS（Mortgage－Backed Security）：房地产抵押贷款证券；CMBS（Commercial Mortgage－Backed Security）：商业地产抵押贷款支持证券；RMBS（Residential Mortgage－Backed Security）：住宅地产抵押贷款支持证券。

从我国的实践来看，目前ABS（狭义）、CLO较为普遍，在2015年以来也有类似CMBS的产品正在设计拟发行。为什么要对资产证券化的类型进行了解，其原因在于针对不同基础资产的证券化产品，在证券化过程中会涉及不同的税种的适用。譬如，在CLO、CBO中，资产证券化的发起人向SPV转移基础资产时，可能会涉及转移金融商品（贷款债权的转移）而面临增值税；同时，如果在转移中存在所得或损失的，还会涉及企业所得税问题。而如果资产证券化涉及的是不动产实物资产转移的，则还可能涉及增值税、土地增值税，但显然实务中几乎见不到，一般都是涉及不动产收益权转让的操作。

（三）资产证券化的当事人

概括地讲，资产证券化涉及发起人（原始权益人）、特殊目的载体（SPV）、投资者、管理人、托管人以及其他服务机构（信用增级机构、信用评级机构以及其他律师事务所服务机构等）。

1. 发起人（原始权益人）

根据《管理规定》第六条第一款的规定："原始权益人是指按照本规定及约定向专项计划转移其合法拥有的基础资产以获得资金的主体。"同时，第九条规定："原始权益人不得侵占、损害专项计划资产，并应当履行下列职责：（一）依照法律、行政法规、公司章程和相关协议的规定或者约定移交基础资产；（二）配合并支持管理人、托管人以及其他为资产证券化业务提供服务的机构履行职责；（三）专项计划法律文件约定的其他职责。"

2. 特殊目的载体（资产支持专项计划）

《管理规定》第四条第二款规定："……特殊目的载体，是指证券公司、基金管理公司子公司为开展资产证券化业务专门设立的资产支持专项计划（以下简称专项计划）或者中国证监会认可的其他特殊目的载体。"SPV在实践中主要包括公司、信托、基金和合伙等四种类型，见下表46－1：

表 46－1：SPV 的组织形式

序号	类型	涵义及特点
1	特殊目的公司（Special Purpose Company，SPC）	SPC 是专门为资产证券化而设立的公司，发起人将基础资产出售给 SPC，SPC 以该基础资产为支持向投资人发行证券。在离岸司法区域立法中存在专门的或特别的章节对类似特殊目的公司作出规定。比如，开曼的独立投资组合公司（Segregated portfolio company，SPC）①。
2	特殊目的信托（Special Purpose Trust，SPT）	SPT 是一个专门为实现资产证券化而设立的目的信托，在此信托中，发起人（原始权益人）作为创设人，SPT 作为被转移资产的受托人，受益人是受益凭证的持有人（投资者），信托财产则是被转移的基础资产。 在信托方式下，发起人将基础资产以信托财产的方式转移给 SPT，根据信托财产独立性原则，信托财产不光独立于委托人，还独立于受托人的自身财产（当然在资产证券化中 SPT 几乎没有其自身财产），这样发起人或受托人的债权人就不能对基础资产主张权利，达到了基础资产和发起人、受托人的破产隔离。信托财产独立性原则能够“天然”地保护基础资产获得“破产隔离”，正是基于这样的特性，SPT 是最常采用的 SPV 形式。
3	特殊目的基金（Special Purpose Fund，SPF）	类似于 SPC 或 SPT，专门设立一个特殊目的基金（公司、信托），该基金（公司、信托）通过发行权益股票、基金单元给投资者。一般地，为确保 SPV（实质是资产组合）成为发起人的资产负债表外资产，SPV 必须被构建为由独立于发起人的第三方所拥有和控制。因为，可以有效地避免与发起人之间的破产合并。
4	特殊目的合伙（Special Purpose Partnership，SPP）	初始合伙人设立一个 SPP 用于持有基础资产组合，但是该合伙必须是有限合伙，并且独立于合伙人，由于合伙天然地具有“无限责任”的因素，不利于实现“破产隔离”，因此在 SPV 中，通常采用最多的是前三种方式。

注：①Companies Law（2012 Revision），PART XIV － Segregated Portfolio Companies.

从上表可以看出，资产证券化中的 SPV 可以是具有法人主体资格的公司、公司型基金，也可以是不具有法人主体资格的信托、合伙、契约型基金等。但是，采用何种组织形式的 SPV 不但在“基础资产的独立性”、“破产隔离”风险方面有所不同，在税收成本方面也显著不同，笔者将在下文详细分析。

3. 投资者

一般地，投资者系指“资产支持证券投资者”或“资产证券投资者”。《管

理办法》施行的是“合格投资者”准入制度。其第二十九条规定：“资产支持证券应当面向合格投资者发行，发行对象不得超过二百人，单笔认购不少于100万元人民币发行面值或等值份额。合格投资者应当符合《私募投资基金监督管理暂行办法》规定的条件，[①] 依法设立并受国务院金融监督管理机构监管，并由相关金融机构实施主动管理的投资计划不再穿透核查最终投资者是否为合格投资者和合并计算投资者人数。”同时，《管理规定》第二十八条明确：“资产支持证券是投资者享有专项计划权益的证明，可以依法继承、交易、转让或出质。资产支持证券投资者不得主张分割专项计划资产，不得要求专项计划回购资产支持证券。”

4. 管理人

《管理办法》第六条第二款规定：“管理人是指为资产支持证券持有人之利益，对专项计划进行管理及履行其他法定及约定职责的证券公司、基金管理公司子公司。”其第七条明确：“管理人管理、运用和处分专项计划资产所产生的债权，不得与原始权益人、管理人、托管人、资产支持证券投资者及其他业务参与人的固有财产产生的债务相抵销。管理人管理、运用和处分不同专项计划资产所产生的债权债务，不得相互抵销。”

5. 托管人

《管理办法》第六条第三款规定：“托管人是指为资产支持证券持有人之利益，按照规定或约定对专项计划相关资产进行保管，并监督专项计划运作的商业银行或其他机构。”同时，第八条规定：“专项计划资产应当由具有相关业务资格的商业银行、中国证券登记结算有限责任公司、具有托管业务资格的证券公司或者中国证监会认可的其他资产托管机构托管。”

---

① 笔者注：《私募投资基金监督管理暂行办法》（证监会令第105号）第十二条规定：“私募基金的合格投资者是指具备相应风险识别能力和风险承担能力，投资于单只私募基金的金额不低于100万元且符合下列相关标准的单位和个人：（一）净资产不低于1000万元的单位；（二）金融资产不低于300万元或者最近三年个人年均收入不低于50万元的个人。前款所称金融资产包括银行存款、股票、债券、基金份额、资产管理计划、银行理财产品、信托计划、保险产品、期货权益等。”第十三条规定：“下列投资者视为合格投资者：（一）社会保障基金、企业年金等养老基金，慈善基金等社会公益基金；（二）依法设立并在基金业协会备案的投资计划；（三）投资于所管理私募基金的私募基金管理人及其从业人员；（四）中国证监会规定的其他投资者。以合伙企业、契约等非法人形式，通过汇集多数投资者的资金直接或者间接投资于私募基金的，私募基金管理人或者私募基金销售机构应当穿透核查最终投资者是否为合格投资者，并合并计算投资者人数。但是，符合本条第（一）、（二）、（四）项规定的投资者投资私募基金的，不再穿透核查最终投资者是否为合格投资者和合并计算投资者人数。”

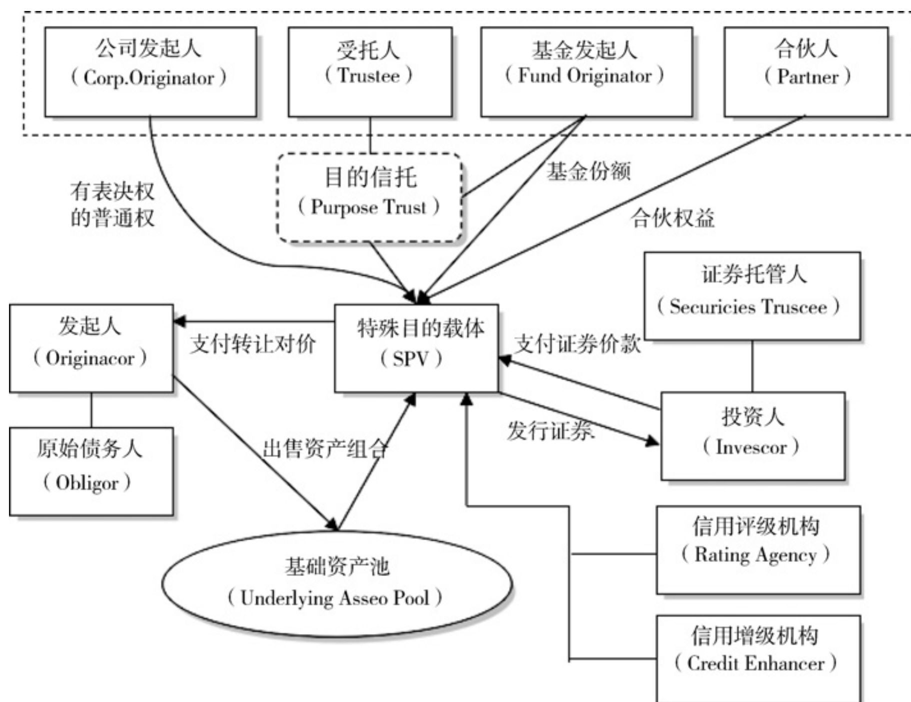
6. 其他服务机构

参与资产证券化的其他服务机构主要是指证券化过程中的信用增级机构、信用评级机构和其他律师事务所、会计师事务所、资产评估事务所等。

（四）资产证券化的架构和交易流程

应该说，实践中的资产证券化的结构和流程是非常复杂的，但是基本的结构和流程可以概括为如下几个步骤：1. 确定基础资产并组建资金池；2. 组建特殊目的载体；3. 转移基础资产；4. 信用增级及信用评级；5. 发售资产支持证券；6. 投资人投资支付对价；7. 资产组合（或资金池）的管理；8. 清偿资产支持证券给投资人。鉴于本专题的主题及篇幅所限，将不对前述步骤进行详述（有兴趣的读者可以参阅有关资产证券化的专著）。下图是一个简略的资产证券化交易架构图：

图 46－2：资产证券化交易架构简图



在该图中，最主要的步骤是：（1）SPV 的设立；（2）发起人（原始权益人）将基础资产转移给 SPV；（3）SPV 向投资者发行支持证券；（4）基础资产池资产的管理（收入、偿付投资者）等。

二、资产证券化税收制度及其框架结构

如前所述，资产证券化是一个结构复杂，涉及交易当事人交易环节众多的业务。需要指出的是，资产证券化业务是一个金融创新工具，其具有特殊性，这使得它与一般的融资交易具有不同的经济实质和特点，如果按照既定的税收制度和规则对其征税，必然导致资产证券化面临巨额的税收负担从而在经济上不具有可行性，必然不利于其顺利发展。因此，为鼓励和顺应资产证券化业务的发展，遵循税收中性的基本原则，应对资产证券化的税收制度予以专门规定和明确。下面主要从资产证券化的交易环节来看其税收问题。

（一）发起人向SPV转移基础资产环节的税务问题

在该环节，发起人因转移的基础资产的不同而可能面临不同的应税行为并适用不同的税种：

第一，发起人因转移的基础资产的不同而可能缴纳流转税。譬如，基础资产是贷款权益时，可能会面临增值税、印花税。

第二，发起人因转移基础资产而实现所得的话，则可能就取得的所得计入应纳税所得额征收企业所得税。如果发起人以一定折扣转让资产（通常的目的是为SPV提供资产的信用增强，类似于担保），因此产生的损失，是否允许税前抵扣等。在此问题上，税法是采取法律形式主义或是经济实质主义是两种不同的选择。即是说，基础资产的转移是“真实销售”或是“担保融资”将是分析问题和得出结论的关键。

（二）SPV的税务问题

应该讲，SPV本身的税务问题既与SPV的组织形式有关，也与SPV所处的交易环节有关。主要集中在如下三个方面：

第一，SPV接收基础资产是否属于应税行为。如果发行人折价转让的，SPV是否视为取得所得？是否应计入应纳税所得额，并计征所得税。如果SPV属于信托性质，则需要信托税制的配套；

第二，SPV发行资产支持证券过程中可能面临的交易税费。如印花税等；

第三，SPV从原始债务人处取得的现金流扣除相关成本费用后是否需要承担所得税。

（三）投资者的税务问题

投资者的税务问题既与投资者的身份有关也与其参与的交易和取得的收益

性质有关。主要集中在如下三个方面：

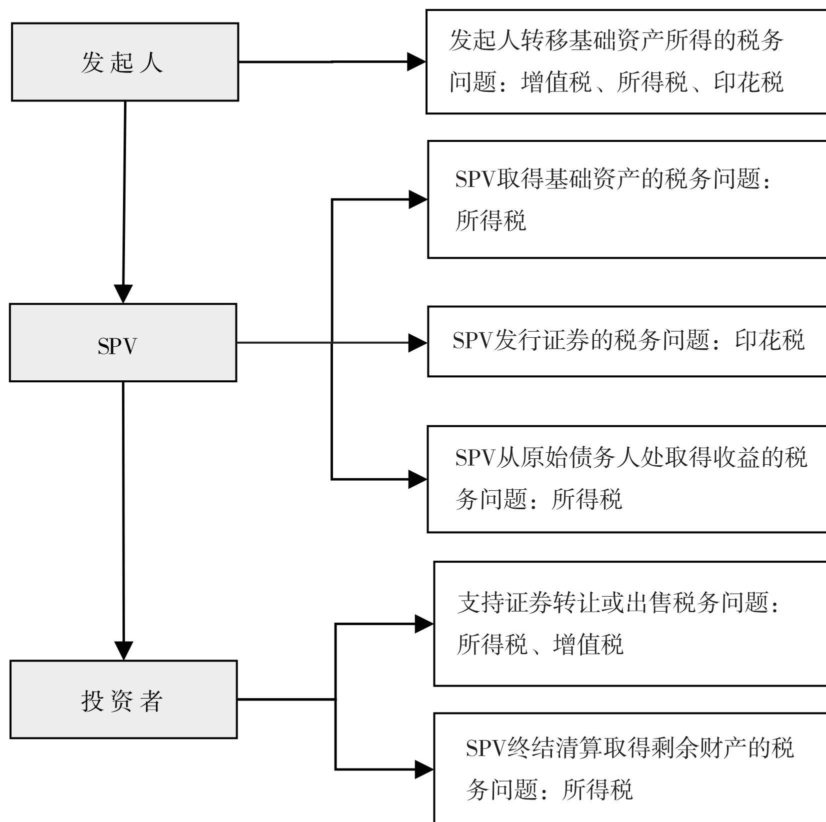
第一，投资者从 SPV 取得的收益可能需要承担所得税；

第二，投资者转让持有的证券，则可能需要承担交易印花税、所得税；

第三，SPV 终结清算时，投资者就取得的剩余财产可能面临所得税。

综上所述，笔者将资产证券化税收制度及其框架结构总结如下图 46－3：

图 46－3：资产证券化税收制度及其框架结构



从上述分析可以看出，资产证券化税收制度的核心是如何认识和确立 SPV 的税收地位问题。笔者认为，可以 SPV 的组织形式在税法上的地位来构建其税收制度。总体原则如下：

首先，如果 SPV 属于 SPC，则适用《企业所得税法》及其相关规定来执行，当然基于资产证券化的交易性质，完全可以考虑给予此时的 SPV 税收“透明体”地位；

其次，如果 SPV 属于 SPP，则适用《财政部 国家税务总局关于印发〈关于

个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉的通知》（财税［2000］91 号）等有关合伙企业征税的规定执行；[1]

再次，如果 SPV 属于 SPT，则适用信托税收规定执行；[2]

最后，如果 SPV 属于 SPF，则根据 SPF 在税法上的纳税地位而分别适用 SPC、SPT 的有关税法规则。

我们可以发现，如果这样来构建资产证券化税收制度的话，则我们目前需要解决如下三个问题：

一是，是否给予 SPC 或者公司型 SPF 类似于美国税法中有限责任公司（LLC）税收“透明体”或“转嫁体”待遇，直接穿透至其所有人征税；

二是，如果 SPV 属于 SPP，则鉴于我国的合伙税制已经有一些基本规定，确定了合伙“透明体”的基本规则，但需要予以完善；

三是，如果 SPV 属于 SPT 或者契约型 SPF，则鉴于我国有关信托的税制基本属于“空白”，我国税法应该全面地建立信托税收制度。

通过上述分析，我们可以发现，尽管我国资产证券化业务已经蓬勃地发展起来了，但是有关税收制度却极度“落后”于金融创新的发展。

三、我国资产证券化的税收政策概述——以财税［2006］5 号文为中心

应该讲，资产证券化业务在我国目前已经不属于什么新鲜事物，早在 2006 年，财政部、国家税务总局就已经针对信贷资产证券化业务出台了《财政部、国家税务总局关于信贷资产证券化有关税收政策问题的通知》（财税［2006］5 号，下称“5 号文”）。但是，从 5 号文出台已经匆匆过去了将近 10 年，我们依然没有普适意义上的针对资产证券化业务的一套完整、细致的税收法规。从 5 号文来看，其“天生”就具有局限性。主要体现在如下几个方面：

一是，5 号文仅仅针对“银行业开展信贷资产证券化业务试点”的有关税收政策作出了规定，但并没有就其他主体发行人发起的其他类型的资产证券化业务的税收政策作出明确规定。该规定意味着，适用 5 号文应具有两个前提条件：第一是发行人必须是银行金融机构；第二是基础资产必须是信贷资产。

二是，5 号文仅仅针对税收实体层面进行了规定，但对于税收征管（譬如，纳税申报、代扣代缴）等具体程序层面的事项并没有详细的规定。

---

① 笔者注：有关合伙税制的具体内容，请读者参阅本书“专题 34：合伙税制与实践”。

② 笔者注：有关信托税制的具体内容，请读者参阅本书“专题 36：信托税制与实践”。

三是，5 号文仅仅针对“特定目的信托项目”（即 SPV 属于 SPT）时有关的税收政策的规定，并没有针对 SPV 属于 SPC 或公司型 SPF 或者 SPP 的政策作出规定，而我国有关与之配套的信托、基金或者可选择“透明体”公司主体的税收制度并不健全，甚至有些就是缺失。

四是，5 号文对营业税的规定比较粗略，而且存在重复征税的问题。譬如，5 号文第二条“关于营业税政策问题 ”第（一）项规定：“对受托机构从其受托管理的信贷资产信托项目中取得的贷款利息收入，应全额征收营业税。”①

五是，5 号文对 SPV 的税收地位并未明确，这是最核心的没有解决的问题。该文有些规定似乎确立了纳税“实体”理论，有些规定似乎又确立了纳税“导管”理论。譬如，5 号文第三条“关于所得税政策问题”第（二）项规定：“对信托项目收益在取得当年向资产支持证券的机构投资者（以下简称机构投资者）分配的部分，在信托环节暂不征收企业所得税；在取得当年未向机构投机者分配的部分，在信托环节由受托机构按企业所得税的政策规定申报缴纳企业所得税；对在信托环节已经完税的信托项目收益，再分配给机构投资者时，对机构投资者按现行有关取得税后收益的企业所得税政策规定处理。”第（四）项规定：“在对信托项目收益暂不征收企业所得税期间，机构投资者从信托项目分配获得的收益，应当在机构投资者环节按照权责发生制的原则确认应税收入，按照企业所得税的政策规定计算缴纳企业所得税。机构投资者买卖信贷资产支持证券获得的差价收入，应当按照企业所得税的政策规定计算缴纳企业所得税，买卖信贷资产支持证券所发生的损失可按企业所得税的政策规定扣除。”前述规定显然采用了“纳税实体”和“纳税透明体”的混合。因为对信托项目收益在取得当年向机构投资者分配的，在信托环节暂不征收企业所得税，即是说当期对机构投资者分配的，直接对机构投资者征税，这是将 SPT 视为纳税“透明体”；同时，如果当年未分配的部分，由 SPT 缴纳企业所得税，在以后对机构投资者分配时，不再征税。因此，这是将 SPT 视为纳税“实体”。

笔者将 5 号文的有关税收政策总结如下表 46－2。

---

① 笔者注：根据 36 号文的规定，自 2016 年 5 月 1 日起，营业税全面改征为增值税。

表46－2：信贷资产证券化的税收政策

课税范围 / 纳税主体	设立SPV/转移基础资产	发售资产支持证券	买卖资产支持证券	贷款利息、服务费收入等	SPV清算
发起机构	印花税：1. 发起机构转让信贷资产给信托项目，信托合同暂不征收印花税［5号文§1（1）］；2. 发起机构、受托机构因开展证券化业务而专设的资金账簿暂免征收印花税［5号文§1（5）］；3. 发起机构、受托机构与资金保管机构、证券登记托管机以及其他服务机构构签订合同，暂免征收印花税［5号文§1（3）］ 增值税：5号文未明确信贷资产转让是否缴纳增值的问题，但依据36号文的规定，是否征收尚不明确。 所得税：发起机构转让信贷资产取得的所得缴纳企业所得税，转让损失可税前扣除；赎回或置换按转让、受让资产处理［5号文§3（1）］	——	——	——	——

续　表

信托项目	——	——	——	所得税：信托项目收益分配部分，暂不征收企业所得税；未分配部分，征收企业所得税，再向投资者分配时，投资者免税［5号文§3（2）］	——
受托机构	印花税：1. 发起机构、受托机构因开展信贷资产证券化业务而专门设立的资金账簿暂免征收［5号文§1（5）］；2. 受托机构与贷款服务机构签订的委托管理合同暂不征收［5号文§1（2）］	印花税：受托机构发售信贷资产支持证券暂免征收[5号文§1(4)]。	——	营业税：1. 取得的贷款利息收入，应全额征收营业税［5号文§2（1）］；2. 取得的信托报酬按规定缴纳营业税［5号文§2（2）］[②]。所得税：取得的贷款利息收入缴纳企业所得税［5号文§3（3）］	——

续　表

投资者	——	——	印花税：投资者买卖信贷资产支持证券暂免征收［5号文§1（4）］ 增值税：按36号文规定缴纳 所得税：机构投资者买卖差价收入缴纳企业所得税，损失可税前扣除［5号文§3（4）］	所得税：信托项目暂不征收企业所得税期间，分配获得的收益，缴纳企业所得税［5号文§3（4）］；	所得税：从信托项目清算分配中取得的收入，按规定缴纳企业所得税，清算发生的损失可税前扣除［5号文§3（6）］。
贷款服务机构	印花税：受托机构与贷款服务机构签订的委托管理合同暂不征收印花税［5号文§1（2）］	——	——	营业税：取得的贷款服务费收入、资金保管报酬、托管费、其他服务费收入按规定缴纳营业税[5号文§2(2)][2] 所得税：取得的服务费贷款服务费收入、资金保管报酬、托管费、其他服务费收入缴纳企业所得税[5号文§3(3)]	——
资金保管机构	印花税：发起机构、受托机构与资金保管机构签订合同，暂免征收印花税［5号文§1（3）］	——	——		——
证券登记托管机构	印花税：发起机构、受托机构与证券登记托管机构签订合同，暂免征收印花税［5号文§1（3）］	——	——		——
其他服务机构	发起机构、受托机构与其他服务机构签订合同，暂免征收印花税［5号文§1（3）］	——	——		——

注：①根据36号文附件1《营改增试点实施办法》附录“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”第4点“金融商品转让”的规定：“金融商品转让，是指转让外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品所有权的业务活动。其他金融商品转让包括基金、信托、理财产品等各类资产管理产品和各种金融衍生品的转让。”

②根据36号文附件1《营改增试点实施办法》附录“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”第1点“贷款服务”以及附件2《营改增试点事项规定》第一条第（三）项“销售额”第1点的规定，以提供贷款服务取得的全部利息及利息性质的收入为销售额缴纳增值税。

四、发行人（原始权益人）的税收问题

如前所述，对于发行人（原始权益人）在向SPV转移基础资产过程中将可能涉及所得税、增值税和印花税。

（一）所得税

从5号文的规定来看，对于信贷资产证券化业务只能是采用转让信贷资产的SPT的方式进行，即是说发起人只能将信贷资产的所有权真实转让或销售给SPT，将信贷资产移出表外，转移所有权。但事实上，在资产证券化实践中还存在不移出表外的交易，即担保融资的方式。这两个方式对所得税的影响并不尽相同。

【疑难问题46－1】什么是“真实销售”（True Sale）？

一般地，发起人基础资产转移的关键问题是必须是“真实销售”（True Sale）。所谓“真实销售”是指发起人将拟证券化的基础资产有关的风险和报酬或控制权一并转移给SPV。满足这样的条件的原因在于，在可适用的法律之下，当发起人经营状况不佳或发生财务危机时，这些资产将与发起人的其他资产相隔离，不会被归于发起人的破产财产范围之内，从而免于被发起人的债权人所追偿。

那么，什么样的转让交易满足“真实销售”的要求呢？从实践和理论上看，一个交易是否是“真实销售”主要考虑如下几个方面的因素：

（a）发起人在资产转让合同中表明“真实销售”的意图；

（b）资产的转让价格是公允的市场价格；

（c）资产转让交易的完成意味着所有的风险和报酬或控制权完全地转移给了SPV。

在应用上述一般性的标准判断是否构成“真实销售”时，需要注意的是第（c）项，特别是有关基础资产的追索权的问题。显然，不附带追索权的转移资产符合“真实销售”的要求，但是，如果附带有追索权是否就意味着不符合要求呢？通常的规则是，这将取决于追索权的程度（有兴趣的读者可以参阅有关专著）。

总之，证券化交易必须不得被认定为是一个按揭（mortgage）或担保，并且不得实质上成为发起人以该基础资产池为抵押担保而融资的工具（“担保融资”）。

【疑难问题46－2】“真实销售”或“担保融资”对所得税的影响

发起人从法律和会计的角度考虑，希望将基础资产的转移作为真实销售进行处理。首先，真实销售使SPV同发起人的破产风险隔离，保证了交易结构的安全性。其次，真实销售意味着证券化交易对发起人而言是表外交易。在实现销售之后，发起人资产负债表上的风险资产（如应收款项）减少，无风险资产（如现金）增加，也就是说，真实销售改善了发起人的资产负债表状况。此外，发起人还可运用销售收入，提高杠杆比率和资金周转速度。

但从所得税的角度考虑，发起人希望资产以担保融资的方式转移。实际上，在交易的整个过程中，真实销售和担保融资通常导致相同的所得税负。二者不同的地方在于，如果发起人采用真实销售的方式转移资产，它就要当期立即确认收入，从而使纳税的时间提前；反之，如果发起人以担保融资的方式转移资产，它就无须在得到资产转移收入时确认收入，而是在原始债务人进行偿付时确认收益；发起人可以将支付的利息从应税收入中扣除。出于现金流和货币的时间价值两方面的考虑，大多数发起人愿意延迟缴纳税收，因而也就希望将证券化构建为担保融资。但在某些情况下，发起人会故意通过应收款项的销售来加速应税收入的实现。例如，当营业净损失向后结转弥补将要到期时，发起人会采用真实销售的方式转移资产。

在实际交易中，证券化当事人会综合考虑法律、税收、会计、发起人意愿等因素来决定资产转移的方式。在不同的制度环境下，发起人进行资产转移所采取的方式也有所不同。在美国，大多数证券化交易中资产的转移为真实销售，而在欧洲，早期的证券化架构中资产主要以担保融资的方式进行转移，后来，越来越多的交易采取了真实销售的方式。

需要注意的是，发起人转移基础资产之后，获得的收益会被记入其损益表中，因此要缴纳所得税。所得税数额取决于所得税率和应税收入。所得税率的

高低取决于发起人的类型和有关税法的规定，不同类型实体的所得税率差别不大。就应税收入而言，证券化产生收益（基础资产销售收入－基础资产的获取成本－转移资产过程中发生的成本）的绝对数额不会太大，因此，发起人缴纳的所得税对其融资成本不会产生重大的影响。

问题的关键是，如果发起人转移资产发生损失，其损失是否可以税前扣除？如果证券化带来的损失被认为是发起人正常经营范围之外的损失，因此不能扣税，那么，这种做法虽然可以增加国家的财政收入，但加重了证券化的成本负担，对开展证券化业务是极其不利的。实际上，证券化可能带来的损失只是使发起人原已存在的潜在损失显现化，从会计和税收的角度看，这只是一个时间确认上的差异，而非核算口径上的差异。因此，证券化所带来的收益和损失都应作为计税依据，这种做法对减轻证券化的成本负担、推动我国资产证券化的发展无疑具有重要的意义。从 5 号文的规定来看，我国税法的立场是明确的"发起机构转让信贷资产取得的所得缴纳企业所得税，转让损失可税前扣除"。

（二）增值税

对于发起人向 SPV 转移基础资产的交易来看，是否缴纳增值税，应该看转移的基础资产的类型和性质以及交易是否属于增值税法所规范的征收增值税的范围。

根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》第一条第一款的规定："在中华人民共和国境内（以下称境内）销售服务、无形资产或者不动产（以下称应税行为）的单位和个人，为增值税纳税人，应当按照本办法缴纳增值税，不缴纳营业税。"同时，根据《营改增试点实施办法》附录"销售服务、无形资产、不动产注释"的有关规定，如果发起人向 SPV 转移的是应税货物、应税服务以及销售无形资产或者不动产的，应依法计缴增值税。

如果转让的基础资产是房地产，发起人需要缴纳增值税，但实践中由于面临高额的增值税，尤其是土地增值税，发起人不会直接转让房地产而往往代之以转让持有房地产的公司的股权资产。在转让股权资产的情形下，根据 36 号文的规定，不产生增值税。如果发起人转让的是信贷资产或其他应收款项等债权类资产的话，根据《营改增试点实施办法》第一条"销售服务"第（五）项"金融服务"第 4 点"金融商品转让"的规定："金融商品转让，是指转让外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品所有权的业务活动。其他金融商品转让包括基金、信托、理财产品等各类资产管理产品和各种金融衍生品的转让。"那么，"债权类资产"转让是否属于其他金融商品，目前并不明确，尚存

争议。一种观点认为，“债权类资产”转让属于金融商品，应计缴增值税；另一种观点则认为，信贷资产或债权类资产本身不具有可流通的市场，不属于“有价证券”，也不符合36号文对其他金融商品转让的定义，该定义明确的是对资产证券化的证券的转让，而不是基础资产的转让，不应征收增值税。笔者赞同后一种观点，尽管如此，在实践中，发起人仍应当与主管税务机关协商。

当然，如果基础资产是以担保融资（表内融资）的方式转移，由于不属于转移所有权的形式，因此发起人无需缴纳增值税。

同时，根据36号文附件1《营改增试点实施办法》附录“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”第1点“贷款服务”以及附件2《营改增试点事项规定》第一条第（三）项“销售额”第1点的规定，相关主体获得的贷款利息、服务费收入等，以提供贷款服务取得的全部利息及利息性质的收入为销售额缴纳增值税。

（三）印花税

一般情况下，买卖合同和财产转让合同都要缴纳印花税。印花税的税率并不高，其计税依据为总交易额。证券化交易涉及的金额巨大，所以印花税的征收对证券化的成本有相当重要的影响。但从5号文的规定来看，国家对资产证券化交易中的印花税基本采取暂不征收印花税的立场。主要包括：（1）发起机构转让信贷资产给信托项目，信托合同暂不征收印花税；（2）发起机构、受托机构因开展证券化业务而专设的资金账簿暂免征收印花税；（3）发起机构、受托机构与资金保管机构、证券登记托管机构以及其他服务机构签订合同，暂免征收印花税。

五、特殊目的载体（SPV）的税收问题

如前所述，SPV可以采取多种组织形式，其对税收的影响并不相同。为了使SPV的税负最小化，主要需要考虑如下几个因素：

第一，SPV应尽量采用可以免征企业所得税的组织形式。譬如，在美国，有限合伙、信托、有限责任公司（LLC）等均为实体层面免税的理想形式；

第二，如果可以使SPV的净收入最小化，也可少交企业所得税；譬如，可采取发行票据的方式使SPV的利息和收入尽量等于票据利息和其他可扣除费用支出，从而使SPV的净收入最小化。但这样带来的问题可能是，SPV无法吸收因原始债务人违约而导致的损失，为此就需要采取相应的资金流动性支持和信用增级措施，从实际来看，尽管可能增加成本，但无疑是一种有效的方法；

第三，SPV 所发行的资产支持证券的类型也影响 SPV 的税负。譬如，如果发行的是债务性证券，则所支付的利息可以在税前扣除；如果发行的是权益性证券，则所支付的股息、红利不能从税前扣除；

第四，资产支持证券的发行对象也会影响 SPV 的税负。如果发行对象是外国投资者，则 SPV 向其支付的利息部分需要缴纳预提所得税；

第五，SPV 的设立地点也是需要考虑的一个因素。譬如，在离案资产证券化中，将 SPV 设立在“避税港”无疑可以避免或延缓企业所得税。

尽管有上述因素，但本部分将主要从 SPV 组织形式角度来探讨 SPV 实体层面的所得税问题。

（一）SPV 的税收地位问题

在 SPV 的税收问题中最核心的问题毫无疑问是有关 SPV 的税收地位问题。作为证券化的载体和投资通道或导管的特定目的机构，其基本业务内容是消极地受让并持有证券化资产，发行资产支持证券，委托专业机构管理和处分证券化资产、收取资产现金流并分配予资产支持证券持有人。SPV 从事证券化相关业务需要各方面费用的支出，但其自身一般并不从事各项投资经营活动获取收益。在形式上，SPV 是一个法律实体，但实质上这只是一种资产销售的交易安排，而不是旨在从事普通的经营贸易和投资活动。因此，如果将 SPV 视同普通商业法律实体征收实体层面的所得税，无疑与税收公平原则和实质征税原则不符。因此，从世界各国的税制来看，无不针对此出台了一些税收优惠政策，最大限度地降低 SPV 各交易环节涉及的税负。下面的经验借鉴以美国税法的 SPV 税收制度为样本来进行介绍。

严格地讲，美国并没有专门统一的针对资产证券化或 SPV 的税收立法，其主要通过税法对特定目的机构的税收地位进行规范，并给予相应的税收优惠政策。笔者将美国税法上适合作为 SPV 的组织总结如下表：

表 46－3：美国税法上的 SPV 组织

序号	类型	涵义
1	享受实体层面免税的企业：合伙（普通合伙、有限合伙）、有限责任公司（LLC）、个人独资企业、S 型公司①	这些商业实体可以根据美国"打勾选择"规章（check－the－box regulation）①，以选择性实体分类规则代替了传统分类标准，从而允许那些因不符合公司特征而不属于各州公司法意义上的公司的商业实体可以选择按照公司的方式或合伙或在某些单一所有人实体情形下直接对所有者课税方式进行课税。同时，如果商业实体不按照"打勾选择"规章的要求作出选择（即不作为）时，默认分类规则将适用。即：对于所有不作出选择的美国国内企业，财政规章 §301.7701－3（b）（1）条款规定的默认规则是：具有两个或两个以上所有者的适格实体被视为合伙企业；具有一个所有者的适格实体被视为被忽略的实体。
2	委托人信托（grantor trust）	在美国 IRC 中，其规范信托的部分是第 J 分章（第 641 条至第 644 条；第 651 条和第 652 条，以及第 661 条至第 663 条），并根据其特点划分为委托人信托（grantor trusts）和非委托人信托（non－grantor trusts）（第 671 条至 679 条）。应该说，信托的一般税收规则是，一个信托属于一个应税实体，就像它系一个个人（individual）一样。一个非委托人信托系应税信托，就像它像一个个人（individual）一样，但是税法允许抵减分配给信托受益人的收益金额的税负，其主要目的在于避免双重征税（即是说对同一所得既对信托征税，又对受益人征税）。但委托人信托系例外的规定，它指在税法意义上直接地对其所有人（owner，通常是委托人）征税，就像该信托不存在一样，从这个意思上讲，委托人信托属于"税收转嫁"实体。
3	不动产投资信托（the Real Estate Investment Trusts，"REITs"）	规范 REITs 的法律是 1960 年的《不动产投资信托法》，该法确认了不动产投资信托制度，其目的在于汇集少数投资人的资金用于较大收益的商业不动产项目。IRC 第 M 分章第 2 部分（第 856 至第 859 条）规定了 REITs 自身属于税收"透明体"或"穿透"实体的待遇，依据信托税制的"导管原理"，它被视为收入穿透的工具而免征所得税。

① 笔者注：S 型公司的称谓来源于适用于一次课税（股东层面）的税法规定位于 IRC 的 A 分篇第 1 章第 S 分章。S 型公司是美国小型企业普遍采用的公司类型。

续 表

4	不动产抵押投资通道（Real Estate Mortgage Investment Conduits，REMICs）	REMICs 可以是一家公司、信托、合伙，适用于不动产抵押贷款证券化。IRC 第 M 分章第 4 部分（第 860A 至第 860G 条）规定了 REMICs 自身属于税收“透明体”待遇。
5	金融资产证券化投资信托（Financial Asset Securitization Investment Trusts，FASITs）	美国 1997 年 9 月 1 日生效的《1996 年小企业就业保护法》创设了一个可为多种资产提供证券化便利的资产证券化投资信托 FASITs，它相对于 REMICs 而言，克服了后者只能用于不动产抵押贷款证券化的限制。IRC 第 M 分章第 5 部分（第 860H 至 860L 条）[②] 规定了 FASITs 属于一个免税载体，其所得、盈利、扣减、损失等都将传递给其权益的持有人。

注：①“打勾选择”是一个形象的说法，即是纳税人可以依据申请表上的选择框“打勾”作出税法上的实体分类选择。

②IRC 第 M 分章第 5 部分（第 860H 至 860L 条）已于 2005 年 1 月 1 日起废止。

从上述这些组织形式以及美国税法给予的优惠政策来看，在资产证券化业务中，SPV 可以通过选择 SPC、SPT 以及 SPP 等组织形态来作为载体，并享受对应的税法给予的实体层面的免税政策，以避免双重征税。

（二）SPC 的税收问题

从我国的实践来说，并不存在以 SPC 作为载体的实践案例，其原因在于从我国公司法、商业银行法、税法等法律法规的有关规定来看，SPC 模式在目前条件下难以运作，主要原因在于 SPC 在法人资格、经营场所和条件、发行证券的资格、商业银行的有关从业限制等方面与现行的立法难以协调。从国际上看，尤其是美国，公司型和信托型 SPV 并行；符合条件的 SPV 不被界定为投资公司，不必遵从投资公司监管规定，相关法律规定则有《SEC 结构融资规则》、《投资公司法》、《信托契约法》、《金融资产证券化投资信托法》等规定。根据美国 1940 年《投资公司法》，SPC 一般会被认定为投资公司，但该法对投资公司监管极为严格，对资产证券化的发展造成了一定障碍，后来又制定了专门针对结构融资的 3a－7 规则，规定了 SPC 不再被界定为投资公司的条件。

尽管如此，但从税法角度来进行研究的话，就目前而言，如果 SPV 采用 SPC 的组织形态，必然属于《企业所得税法》下的居民企业，应按 25% 的税率缴纳企业所得税。但是，我们知道 SPC 通常没有其他业务，其取得的基础资产池产生的收入、现金流（信贷资产证券化表现为借款人支付的利息和本金）完

全归属于SPC，显然这些收入将不能得到有效的抵减，从而增加税负，降低了权益持有人的最终收益水平。

从SPC与其投资人的角度来看，SPC发行什么样性质的证券以及投资人的身份都将影响税收。笔者总结如下表46－4：

表46－4：SPC及投资人身份对税负的影响

投资人身份 / 发行证券类型	企业		自然人	
	居民企业	非居民企业	境内个人	境外个人
权益性证券	免税股息	10%或协定税率	20%个税	20%个税或协定豁免
债务性证券	SPV可以税前扣除；居民企业25%纳税	SPV可以税前扣除；非居民企业10%或协定税率	20%个税	20%个税或协定豁免

（三）SPT的税收问题

就SPT组织形态的SPV而言，我国并没有完备的信托税收制度，5号文仅仅针对贷款资产证券化的政策进行了明确，但可以作为其他资产支持证券化适用的参考依据，有关政策可以参照前文，不再赘述。

（四）SPP的税收问题

就SPP组织形态的SPV而言，我国具有基本的合伙税收制度，基本确立的原则是合伙不属于纳税主体，采用“先分后税”原则进行处理。有关内容，请读者参阅本书“专题34：合伙税制及实践”，不再赘述。

（五）SPF的税收问题

就SPF组织形态的SPV而言，应区分是公司型的基金或是契约型的基金分别适用公司或信托的有关税收制度，不再赘述。

六、资产证券投资者的税收问题

对于资产证券投资者而言，其涉及的税收包括：（1）证券交易环节的印花税和增值税；（2）证券投资收益所得税或预提税；（3）证券转让所得税。

（一）印花税和增值税

如前所述，根据5号文的规定，对于投资者而言，其买卖信贷资产支持证

券暂免征收印花税。

由于营改增，5 号文有关营业税的规定不再适用，应根据 36 号文的有关规定缴纳增值税，符合免税政策可以免征增值税，有关内容参见前文，不再赘述。

（二）证券投资收益所得税

根据 5 号文第三条第（四）项的规定："在对信托项目收益暂不征收企业所得税期间，机构投资者从信托项目分配获得的收益，应当在机构投资者环节按照权责发生制的原则确认应税收入，按照企业所得税的政策规定计算缴纳企业所得税……"

（三）证券转让所得税

根据 5 号文第三条第（四）项的规定："……机构投资者买卖信贷资产支持证券获得的差价收入，应当按照企业所得税的政策规定计算缴纳企业所得税，买卖信贷资产支持证券所发生的损失可按企业所得税的政策规定扣除。"

【例 46－1】信贷资产证券化企业所得税的处理

某 A 商业银行拟将信贷资产 1 亿元证券化（信贷资产的贷款利率为 6%），信托给受托机构某 B 信托投资公司，成交价格为 1.05 亿元，信托费用为 1%。B 受托机构委托 A 银行（也可以是其他银行）作为委托贷款服务机构管理这部分信贷资产，服务费按照信托资产的 0.1% 收取，信托投资公司 B 将 1 亿元的信贷资产予以证券化，并发行设立特定目的信托项目的信托计划 1 亿元，由另一商业银行 D 为交易提供信用增级，担保费率为 0.5%。资产支持证券投资机构 C 购买 1 亿元的信托计划，信托计划约定收益率为 4%，并由受托机构 B 委托商业银行 E 作为资金保管机构负责保管信托财产账户资金，保管费为 0.2%，上述信托计划发行的证券需要在证券登记托管机构（中央国债登记结算有限责任公司）F 托管，托管费率 0.3%。关于企业所得税的处理：

1. 转让环节

A 银行转让信贷资产取得的收益为 1.05－1＝0.05（亿元），0.05 亿元应确认为当期应纳税所得；如成交价格低于 1 亿元，则在受托环节出现损失，可按企业所得税的政策规定在税前扣除。

2. 信托环节

假设信托项目当年收益为 400 万元，如 B 公司向 C 公司实际分配了投资项目的收益，那么在 B 公司无需缴纳企业所得税；如 B 公司未实际分配投资项目的收益，那么需要在 B 公司申报缴纳企业所得税；对于 B 公司已经完税的信托收益，再分配给 C 公司时，C 公司按取得税后收益处理。

3. 信贷资产证券化过程中不同主体的其他应税收入的确定

发起机构 A 取得的转让差价应税收入为 500 万元。贷款服务机构 A 取得的托管服务收入 = 10,000 × 0.1% = 10（万元），受托机构 B 取得的信托报酬 = 10,000 × 1% = 100（万元），信用增级机构 D 取得的费用 = 10,000 × 0.5% = 50（万元），资金托管机构 E 取得的报酬 = 10,000 × 0.2% = 20（万元），证券登记托管机构 F 取得的托管费 = 10,000 × 0.3% = 30（万元）。

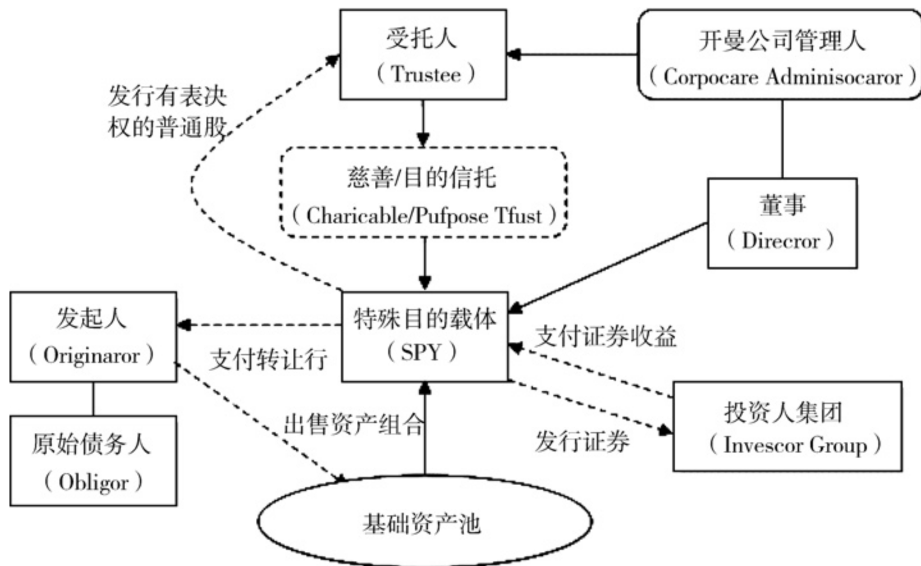
七、离岸资产证券化的税收问题——以开曼离岸 SPV 为例

对于某些资产证券化交易而言，如果 SPV 位于离岸法域，这些交易将获得更多的好处和便利。百慕大、开曼以及 BVI 都是非常适合证券化交易的司法区域。下面以开曼群岛的资产证券化为例来进行说明。

（一）开曼资产证券化中的 SPV

开曼群岛资产证券化中的 SPV，通常是一个由一个信托契约条款下的股份受托人持有的“孤儿”公司（“orphan” company），其股份要么由一个慈善信托，要么由一个特定的为该交易的目的而设立的目的信托所持有。这样可以确保交易是资产负债表外事项。一个开曼的豁免公司 SPV 能够被很快设立，它必须在开曼群岛拥有一个注册办公室，但是在开曼群岛不必召开年度董事会。一个典型的资产证券化的离岸公司或离岸信托的基本结构如下图 46－4：

图 46－4：开曼群岛资产证券化的典型架构



下表列示了开曼群岛对 SPV 的一些基本监管要求：

表 46－5：开曼群岛对 SPV 的基本监管要求

监管	在开曼对证券化交易的 SPV 没有任何相关的限制；它可以借贷或发行债务证券而不需要获得本地法律的许可。除非在开曼群岛证券交易所上市，否则对债务证券不存在任何特别的监管。
申报	对组建一个 SPV 没有任何政府的监管或许可存在，并且在发行债务证券时也不存在任何的申报的要求。
资本要求	对于一个 SPV 不存在任何最小资本的要求。在一般的实践中，一个 SPV 需要拥有一个由信托持有的已发行的普通股 1000 美元，并且这也正是在一个交易结束时可以分配给信托受益人的总额。

同时，维系一个 SPV 的费用在开曼群岛并不昂贵（同其他一些司法区域比较起来）。在大多数情况下，最少的费用是 574 美元。

（二）有关 SPV 的法律框架

我们知道，开曼群岛的法律本质上是基于英国普通法体系，因此公司能力、董事信托义务、公司人格、有限责任以及公司利益等中心的基本问题在所有实质方面与英国普通法是相同的。同时，开曼群岛商业立法相对于繁琐的和严谨的英国制定法，在许多方面则更便捷。比如，开曼公司法规定，公司股份不但可以使用利润赎回，还可以使用股份溢价账户或资本的贷方余额赎回，使得一个权益工具更具有经济上的债务实质。此外，在英国《1985 年公司法》下，一个公司直接地或间接地为一个第三方收购其股份提供财务资助是非法的，① 但是在开曼群岛则是合法的。公司的董事只需要简单地确保交易被显示为为了公司的主要利益即可。这通常被处理为，证券化交易的文档通常包含充分的限制追索权的规定以及规定 SPV 支付交易费用。

1. 发起人构建 SPV 时需要关心的问题

发行人（及信用评级机构）希望构建的结构融资能够更适合于大量的、安全的证券发行。这取决于几个方面因素的考虑：

第一，SPV 必须被确保满足“破产隔离”，并且从发起人转移的基础资产池

① 英国 2006 年公司法进行了修订，私人公司提供财务资助已经是合法的。

是“真实出售”并隔离于发起人的破产财产。[①] 当然，在开曼群岛，存在充分的公司形式以使得 SPV 不构成发起人的一个代理人或者只是发起人的一个“伪装”。这正是开曼公司管理人（Corporate Administrator）角色和职能的一部分；

第二，SPV 的营业被限制以确保一个充分的、持续的现金流可以被支付给投资人。SPV 章程大纲的目的条款通常将相应地为此目的而起草；

第三，在 SPV 和相关交易方之间的协议中将包含不得竞争的条款，有限追索权条款，以及限制债权人的追索请求权条款；

第四，在交易文档中规定的义务约束下，信托受托人（持有普通表决权股份）将不得行使表决权去清算 SPV（因为它只是股东而不是拥有该权力的董事，董事由公司管理人任命）。

2. SPV 的设立

在开曼群岛，一个典型的结构性融资交易中的 SPV 通常被设立为一个开曼豁免公司。设立的程序非常简便，并且 SPV 能够在 24 小时之内设立。政府规费在公司注册登记时缴付，并且在随后的每年开始的时候，基于公司的授权资本额度而缴付年费。大多数 SPV 被设立为一个 5 万美元授权资本的公司或者更少以使得最小的注册登记费用为 574 美元（最大可以是 1722 美元）。SPV 的股本可以采用任何外币计量并且没有最小已发行或已缴付股本的任何要求。SPV 仅需要拥有 1 名股东和 1 名董事，他们中的任何 1 名都不需要常驻开曼群岛。SPV 必须在开曼拥有一个注册地址，并且董事和官员的登记簿是必需的，该登记簿的副本应提交给公司登记官，以及抵押和质押的登记簿需要保留在注册办公室。股东登记簿必须被保留，但是并不是有效的公开信息，也不需要保留在注册办公室。

在一个典型的资产负债表外 SPV 中，SPV 的股份由一个开曼信托公司持有，该公司持有信托上的股份是为了慈善的目的并向 SPV 提供董事。替代地，在开曼法律下，有可能设立一个特别地为了确保交易是破产隔离的目的的信托（一个“STAR”信托）。SPV 必须像一个独立实体一样运营，以避免法院揭开公司面纱和视其为发起人的代理人的风险。

如上所述，不同的 SPV 的组织架构对“破产隔离”的效果和影响程度及采取的辅助措施将有所不同，下表 46 - 6 对开曼群岛的 SPV 进行了总结。

---

① 仅仅在非常特殊的情形下，一个 SPV 的独立的公司人格将被否定，使得债权人有权向 SPV 或者其股东追偿。即所谓的“公司法人人格否定”或“揭开公司的面纱”。这些相关的情形绝大多数典型的是涉及欺诈。

表 46－6：开曼群岛资产证券化交易特殊目的载体

SPV 形式	组织类型	基础资产的独立性	适用法规	对“破产隔离”的影响
SPT	目的信托	信托财产法定独立于委托人和受托人	1967 年信托法及其修正案和配套法规	信托财产独立性原则能够“天然”地保护基础资产获得“破产隔离”
SPC	独立资产组合公司	资产组合法定独立于 SPV 自身普通资产和其他资产组合	1981 年开曼公司法及其修正案	必须满足“真实出售”和避免发起人的破产实体合并
SPF	共同基金	资产组合法定独立于 SPV 自身普通资产和其他资产组合	1993 年共同基金法及其修正案	必须满足“真实出售”和避免发起人的破产实体合并
SPP	有限合伙	资产组合法定上并不必然独立于合伙资产	1995 年有限合伙法（修订）① 1991 年豁免有限合伙法②及修订案	必须满足一些必要的条件，比如：合伙人必须是公司；有限合伙至少有一个普通合伙人为破产隔离的实体；有限合伙不得被合并等

3. 后续要求

一个开曼豁免公司的后续要求很少。一个豁免公司必须提交一个年度回执，连同适当的年度费用给公司注册登记官。年度回执只需要简单地确认与豁免公司有关的公法的要求已经得到了遵循并且 SPV 主要在开曼群岛之外运营。

4. 税收

在开曼群岛除了进口关税和印花税以外，几乎没有任何税收，即不存在任何的公司税、资本利得税、VAT、收益或者其他税项（遗产、承继税项），也不存在针对个人或者本金或利息支付的预提税。证券的发行、共同基金股份或者单位通常豁免于印花税。在开曼群岛，SPV 公司可以从开曼政府处获得一个 20 年期的免于征税的书面豁免承诺，可以续展至 30 年。对于豁免的合伙或者信托，则可达到 50 年。

① The Partnership Law (1995 Revision).

② The Exempted Limited Partnership Law of 1991.

专题47：互联网金融业务的税务问题

内容概览

互联网是信息时代的高科技产物，伴随经济全球化和我国金融改革进程的急速发展，其日益深入地与金融服务相融合，形成了互联网金融业务。自业界称之为“互联网金融元年”的2013年至今，P2P网贷、P2B融资、众筹融资、第三方支付、互联网理财等诸多新兴金融模式方兴未艾。2015年中国人民银行等十部委《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（银发［2015］221号）首次对互联网金融健康发展作出了指导意见，具有里程碑式的意义。与此同时，互联网业务的蓬勃发展也给我国税法对此的税征带来了极大的冲击和挑战。在本专题，笔者将对此进行讨论。本专题包含如下内容：

■ 互联网金融的概念及特征

■ 互联网金融的主要模式概述

■ P2P（P2B）网贷的税收问题

■“众筹”模式的税收问题

■ 虚拟货币的税收问题

一、互联网金融的概念及特征

（一）互联网金融的概念

根据中国人民银行等十部委《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（银发［2015］221号，下称“221号文”）对互联网金融（Internet Finance）的定义，它系指“传统金融机构与互联网企业（以下统称从业机构）利用互联网技术和信息通信技术实现资金融通、支付、投资和信息中介服务的新型金融业务模式”。互联网金融不是互联网和金融业的简单结合，而是在实现安全、移动等网络技术水平上，被用户熟悉接受后（尤其是对电子商务的接受），自然而然为适应新的需求而产生的新模式及新业务，是传统金融行业与互联网精神相结

合的新兴领域。

当前“互联网＋金融”格局由传统金融机构和非金融机构组成。传统金融机构主要为传统金融业务的互联网创新以及电商化创新、APP 软件等；非金融机构则主要是指利用互联网技术进行金融运作的电商企业，P2P（模式）的网络借贷平台，众筹模式的网络投资平台，挖财类（模式）的手机理财 APP（理财宝类），以及第三方支付平台等。在本专题，如无特别说明，论及的互联网金融业务是指非金融机构介入的金融业务。

（二）互联网金融的特征

总体上看，互联网金融与传统金融相比，具有如下独特的特征：

第一，互联网金融主体进入门槛低。传统的金融主体（如银行、证券公司、保险公司、信托公司、基金公司等）需要经过严格的审批获得金融牌照，而互联网金融主体（如 P2P 网贷平台、众筹平台、第三方支付等）则要求并没有这么的严格。

第二，互联网金融运营成本低。相对于传统的金融机构，互联网交易平台的运营成本更为低廉。

第三，互联网金融交易效率高且具有即时性。互联网金融交易平台利用其互联网技术以及其他电子移动设备可以实现高效率和即时交易性。

第四，互联网金融大众化。从 P2P 借贷平台、第三方支付平台、互联网理财模式等新一代互联网金融来看，已经深入到社会大众。

第五，互联网金融风险高。由于我国互联网金融尚处于起步阶段，各种监管和相关法律的缺失，缺乏准入门槛和行业规范等，互联网金融大多采用信用审核制度，并且违约成本低，具有极大的金融欺诈、恶意交易等信用风险。

二、互联网金融的主要模式概述

从目前互联网金融的发展来看，其主要模式及其特点如下表 47－1：

表 47－1：互联网金融主要模式及其特点

类型	模式	涵义及特点
网络融资	P2P 借贷	P2P 网络借贷中“P2P”是英文“Peer to Peer”的缩写，意指“个人对个人”，又称为“点对点”信贷，是指借款人在第三方公司创建的具有资质的网络平台上发布借款标，出借人根据借款人需求综合判断后进行投标并提供借款，从而实现通过第三方平台作为中介完成的，独立于传统金融机构之外的直接的投融资行为。
	P2B 投融资	P2B 投融资即“Peer to Business”，系指个人对非金融机构企业的一种投融资模式。在该模式下，融资企业在第三方公司创建的具有资质的网络平台上发布金融产品，投资人根据融资企业需求综合判断后进行投资，从而实现通过第三方平台作为中介完成的，独立于传统金融机构之外的直接的投融资行为①。
	众筹融资	众筹源于英文“crowd funding”一词，即大众筹资或群众筹资。意指筹资人通过众筹平台向不特定群体发布金融项目信息，从而获得众人专项投资的活动。
	电商小贷	电商小贷是指电商（譬如阿里巴巴、京东、苏宁等）针对其小微商户无法便捷地从银行或小额贷款公司获得经营周转贷款的现状，利用自己积攒下的大量数据，真实有效地分析需要贷款的商户信息，采用订单贷款、信用贷款等方式为其发放贷款，并同时也获得了商户与平台的双赢的一种模式。
支付结算	第三方支付	第三方支付是指具备资质的独立的，通过与所在国家及国外各大银行合作，为收、付款人提供网络支付、预付卡、银行卡收单以及中国人民银行确定的其他资金转移业务的，为互联网交易提供支持的第三方支付平台。
虚拟货币	虚拟货币	虚拟货币是指在互联网虚拟环境中产生的，以 internet 为基础，通过电子信息技术以二进制数据形式存储在计算机系统中并通过电子信息技术以数据传递的形式实现支付与流通功能的一般等价物。
移动互联网金融	移动支付	移动互联网金融是指以智能手机、平板电脑和无线 POS 机等移动载体，通过互联网进行资金融通的行为。其主要包括第三方支付、在线理财产品的销售、移动缴费、信用评价审核、金融中介、金融电子商务等模式。

续　表

渠道业务	互联网 金融超市	互联网超市是指互联网平台运营主体通过互联网平台与保险公司、证券公司、信托公司、基金公司、银行、第三方支付机构等开展合作，对各种金融产品或其他服务进行有机整合、展示，向个人或企业客户提供涵盖众多金融产品与增值服务的一体化金融经营模式。其实质是第三方服务平台以互联网为媒介，通过自身的规模效应，将各家商业银行或其他金融机构的同类产品集中，进行横向整合、对比，为客户进行系统分析、规划、选择的一种金融服务模式。
	大数据金融	大数据金融其实是"大数据+金融"，是指通过大数据独特的数据挖掘技术，集合海量非结构化数据，分析和挖掘客户的交易和消费信息掌握客户的消费习惯，并准确预测客户行为，为互联网金融机构提供客户全方位信息，从而使金融机构和金融服务平台在数据分析的基础上进行资金融通的行为。

注：①P2B 从本质上看属于 P2P 的一种衍生形式。

除了上述主要模式之外，实务中还存在一些围绕互联网展开的周边产业。譬如，金融搜索、理财计算工具、金融咨询、法律咨询、财税咨询等。

三、P2P（P2B）网贷的税收问题

（一）P2P（P2B）网贷的模式

要对 P2P（P2B）网贷的税务问题进行分析，必须首先要了解其运营模式及其交易当事人。

1. P2P 网贷的模式

就 P2P 网贷而言，主要存在如下三种模式：

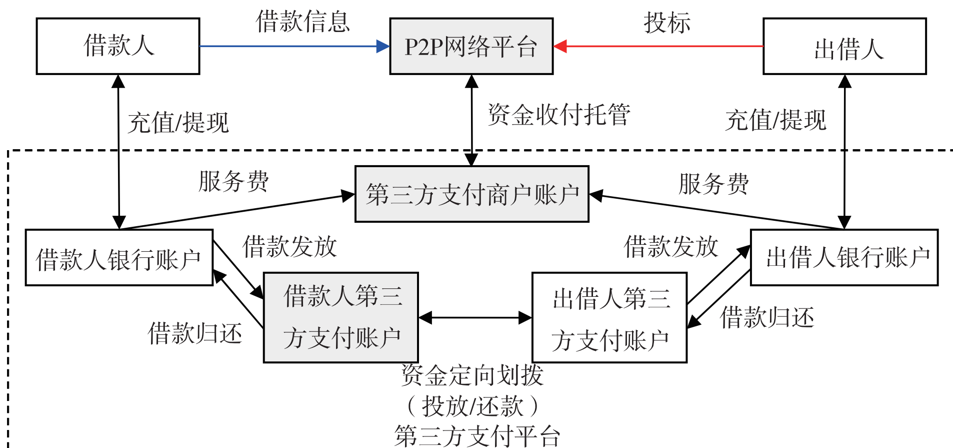
（1）纯中介平台模式

在这种模式下，P2P 网络平台仅为借款人与出借人提供相关信息并促成借款交易的达成，平台只收取相应的服务费用，其本身并不经手资金。实践中，纯中介平台模式的典型代表是"拍拍贷"①，其有关的运营模式、当事人及法律关系如下图 47－1：

---

① 参见 http：//invest. ppdai. com。

图 47－1：纯中介平台模式及其当事人与法律关系



在上述交易模式中，涉及借款人、P2P 网络平台、出借人以及第三方支付平台等四方交易当事人。其交易流程包括信息流和资金流两个方面。

信息流流程如下：

（a）借款人注册拍拍贷虚拟账户，并在其网络平台发布借款标，包括借款原因、借款金额、预期年利率、借款期限等信息；

（b）出借人参与竞标，利率低者中标。一般多个出借人出借很小的资金给一个借款人，以分散风险；

（c）根据网页显示的该借款人借款进度以及完成投标笔数的显示，如果资金筹措期内，投标资金总额达到借款人的需求，则本次借款宣告成功，网站自动生成电子借条；若未能在筹措期内集齐所需资金，则该项借款宣告流标。

在本交易模式中，为了客户资金的安全以及与 P2P 平台自有资金分离等原因，引入了第三方支付平台系统。资金流流程如下：

（a）在借款宣告成功之后，出借人从在第三方支付平台开设的二级账户“出借人第三方支付账户”中划出出借资金支付到借款人在第三方支付平台开设的二级账户“借款人第三方支付账户”中，完成借款发放；

（b）到期还款及支付利息时，借款人从“借款人第三方支付账户”中划出资金支付到出借人“出借人第三方支付账户”中还款；

（c）P2P 平台通过在第三方支付平台开设的二级账户“第三方支付商户账户”向出借人（目前一般只向出借人或投资人收取服务费或佣金）和借款人收取服务费或佣金。

这种第三方支付账户介入资金结算的模式被称为“资金托管模式”，与传统

的 P2P 平台自己直接充当资金结算人的模式以及第三方支付平台介入的“通道模式”① 相比较，具有资金安全以及区分平台自有资金的优点，可以解决出借人与借款人之间一一对应的借贷关系，同时还可以解决 P2P 平台信息流和资金流相分离的问题。

从法律关系来进行分析：

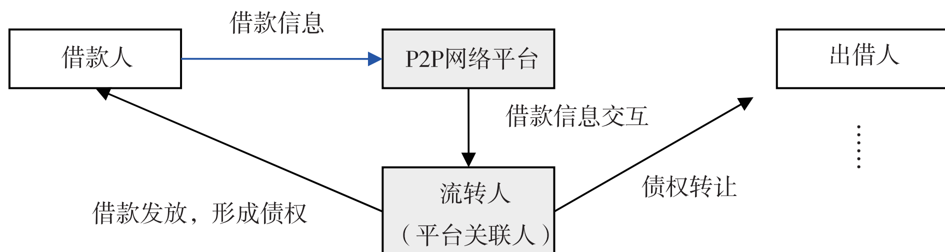
（a）P2P 平台与借款人、出借人之间属于“居间服务”合同的法律关系。因为 P2P 平台同时接受借款人、出借人的委托，为他们提供发布借款信息、促成交易以及提供出借（理财）机会与相关咨询服务等，根据《合同法》第四百二十四条的规定：“居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。”P2P 平台在不经手资金的前提下，接受委托为借款人提供订立合同的机会或提供订立合同的媒介服务，且从借款标额度中收取一定比例服务费用，因此，属于居间法律关系。

（b）当然，借款人和出借人之间的法律关系比较清晰，就是借贷法律关系。

（2）债权转让模式

在这种模式下，P2P 网络平台指定的平台关联人（下称“流转人”）先将资金出借给借款人，随后流转人再将已形成的债权转让给出借人。应该说，债权转让模式是目前国内 P2P 网贷的普遍模式。实践中，债权转让模式的典型代表是“宜信贷款”,② 其有关的运营模式、当事人及法律关系如下图 47－2：

图 47－2：债权转让模式及其当事人与法律关系



在上述模式中，涉及借款人、P2P 网络平台、出借人以及流转人等四方交易当事人。借款人和出借人并不直接签订借款合同，而是增加了“流转人”环

① 简单地讲，“通道模式”是指 P2P 平台在第三方支付平台中仅仅开设一个账户，出借人、借款人以及平台之间的资金划转均在该同一账户内流动的模式。该模式下，该账户属于一个资金混同账户，为了区分平台自身和客户资金，还需要建立二级账户系统来进行管理。此种模式下，“资金池”保留在平台处。

② 参见 http：//www. yixin. com/。

节，而流转人一般属于 P2P 网络平台的关联人（一般是平台控制或指定的个人或者平台员工等），而平台在其中提供信息服务。流转人在出借资金并取得对借款人的债权之后，再通过 P2P 平台将该债权分解给多个出借人，并承诺一定的收益率。此模式下，出借人很难知道具体的借款人以及借款信息。

从法律关系来进行分析：

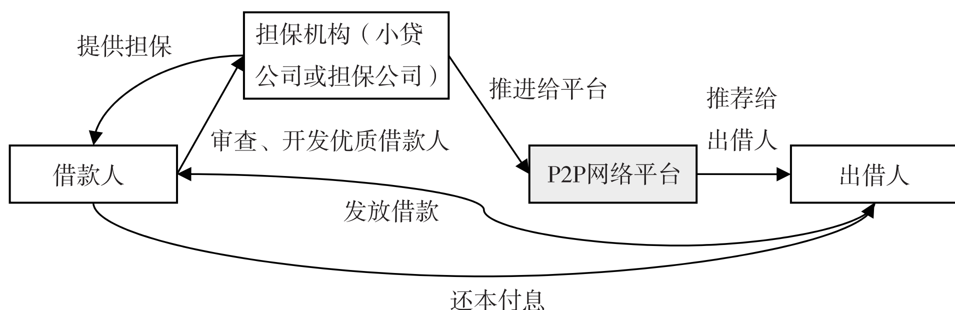
（a）根据上述模式的操作流程及特点，笔者认为，P2P 平台与流转人之间属于委托代理关系。流转人在业务中仅仅依据 P2P 平台的委托和指令行事，即使他们之间并不签署委托代理协议；

（b）流转人与借款人、出借人之间的法律关系。笔者认为，在债权转让之前，流转人与借款人之间属于民间借贷法律关系；在债权转让时，如果满足《合同法》规定的通知义务后，债权的受让人（出借人）将与借款人形成新的借贷法律关系。

（3）担保模式

在这种模式下，P2P 网络平台自己或第三方为借贷行为提供担保，促成借款合同的达成，担保方收取费用。又可分为第三方担保模式和平台自身担保模式。前者是指 P2P 平台联合第三方担保机构，对线上借款人进行严格的审查促成借款合同的签订，担保机构为借款合同提供担保，收取一定比例的担保费用。其中，第三方担保机构为有担保资质的小额贷款公司或担保公司。国内实践中，比较典型的代表为“有利网贷”。后者是指 P2P 平台自身为出借人的资金安全提供保障。如果贷款到期出借人无法收回本金和利息，可将债权转让给平台，平台先行垫付资金给出借人，然后将此笔坏账划入平台名下，再由平台对贷款人进行追偿。平台赔付出借入资金的来源一般有两种途径：一是，平台的自有资金；二是，平台从借款人的借款金额中提取一定比例的风险基金，划拨到 P2P 账户下，形成专门的风险备用金，这种模式是目前的主流模式。譬如，“人人贷”就采用这种模式。第三方担保模式的有关的运营模式、当事人及法律关系如下图 47－3：

图 47－3：第三方担保模式及其当事人与法律关系



在上述模式中，涉及借款人、P2P 网络平台、出借人以及第三方担保人等四方交易当事人。从法律关系来进行分析：根据《担保法》第六条的规定："本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。"因此，P2P 网络平台通过引入第三方担保机构的方式为出借人提供担保，当借款人未按期还款时，担保人将未还款部分支付给出借人，以此来保证债权人的权益。

2. P2B 网贷的模式

P2B 网贷模式是在 P2P 网贷模式的基础上衍生出来的融资模式，与 P2P 具有很多的相似性。按照不同的标准，可以将 P2B 分为不同类型：按照平台是否参与流转，可分为纯平台模式和债权转让模式；按照是否提供担保，可分为有担保模式和无担保模式；按照提供担保的主体不同，又可分为平台自身担保模式和第三方担保模式；按照服务方式的不同，可分为纯线上模式和"O2O"模式。①

（二）P2P（P2B）网贷的税务问题

应该讲，针对整个互联网金融这一新生发展行业，网络交易行为内各当事方是否具有纳税义务以及若有，其纳税义务到底如何呢？我国税法对此并没有具体的明确的规定，但在现有的税法框架下，依然可以进行分析。对于 P2P（P2B）网贷平台的税务问题亦是如此。

1. P2P 网贷的税务问题

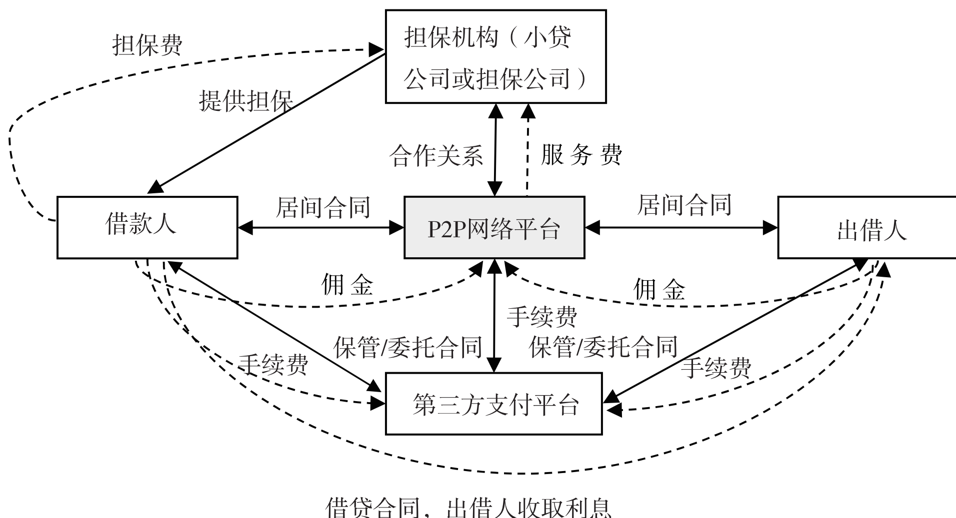
笔者以第三方担保（第三方支付平台）模式为例子来进行分析，因为该模式在国内的 P2P 网贷中具有代表意义（有关法律关系及收入来源见图 47－4）。

---

① 笔者注："O2O"即"Online to Offline"（线上到线下）模式。在该模式下，客户资源及投标过程主要由线上完成，但项目寻找、尽职调查及贷后管理的过程则由线下完成。

笔者根据涉及的各方当事人为视角来展开讨论：

图 47－4：第三方担保（第三方支付平台）模式法律关系及收入来源



在上图中，笔者根据交易各当事方及其法律关系、费用支付总结如下：

（1）增值税

从目前的税法规定来看，可能涉及增值税的当事方包括 P2P 网贷平台、担保机构、第三方支付平台以及出借人。

①P2P 网贷平台

目前针对 P2P 网贷平台从借款人和出借人处收取的佣金应按照营改增 36 号文的有关规定征收增值税。

【疑难问题 47－1】 如何对 P2P 网贷平台收取金征税？

从目前对 P2P 网贷的监管实践来看，创建一个 P2P 网贷金融平台仅需要在工信部门进行互联网内容提供商准入登记和在工商管理部门注册登记成立公司即可。譬如，“有利网”由北京弘合柏基金融信息服务有限责任公司（下称“弘合柏基公司”）负责运营，其取得了北京市通信管理局颁发的《中华人民共和国电信与信息服务业务经营许可证》（经营许可证编号：京 ICP 证 140029 号），载明的业务种类是“第二类增值电信业务中的信息服务业务（仅限互联网信息服务）”，服务项目为“互联网信息服务不含新闻、出版、教育、医疗保健、药品和医疗器械，含电子公告服务”。同时，弘合柏基公司还进行了网络安监备案（京公网安备 11010802017688 号）和 ICP 备案（京 ICP 备 13047550 号－1）。同时，“有利网”在北京市工商局取得了弘合柏基公司的营业执照。其经营范围

为“第二类增值电信业务中的信息服务业务（仅限互联网信息服务）（互联网信息服务不含新闻、出版、教育、医疗保健、药品和医疗器械、电子公告服务）（电信与信息服务业务经营许可证有效期至 2019 年 1 月 17 日）；金融信息服务（未经行政许可不得开展金融业务）；技术推广服务；数据处理（数据处理中的银行卡中心、PUE 值在 1. 5 以上的云计算数据中心除外）；经济贸易咨询；投资咨询；市场调查；企业策划。（依法须经批准的项目，经相关部门批准后依批准的内容开展经营活动。）”截至目前，从 P2P 网贷的准入并未经过人民银行、银监会监管的情形来看，监管当局并没有将其定性为“金融机构”或“准金融机构”进行处理。①

因此，实践中是将 P2P 网贷平台视为“准金融机构”或是“非金融机构”尚存争议，截至目前，主流的观点是视为“非金融机构”纳入“互联网信息服务业”。根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》附件“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（六）项“现代服务”第 2 点“信息技术服务”中的“信息系统服务”② 的业务行为，应征收 6% 的增值税。

②担保机构

对于担保机构而言，由于 2014 年银监会在处置非法集资部际联席会议座谈会上提出，应当在鼓励 P2P 网络借贷平台创新发展的同时，合理设定其业务边界，划出红线，明确平台本身“不得提供担保，不得归集资金搞资金池，不得非法吸收公众存款，更不能实施集资诈骗”。这即是所谓的 P2P 网贷的“四条红线”。基于此，我们在此仅仅讨论第三方担保机构提供担保的情形。

如前所述，第三方担保机构可以是小额贷款公司、保险公司以及其他担保机构等。根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》附件“销售服务、无形资产、不动产注释”第一条“销售服务”第（五）项“金融服务”第 2 点“直接收费金融服务”的规定，提供财务担保服务属于直接收费金融服务。因此，就其收取的担保费等，应按提供直接收费金融服务税目征收 6% 的增值税。同时，

① 笔者注：但需要注意的是，2015 年 1 月 20 日，银监会宣布自 2003 年成立以来的首次架构大调整，新的组织架构由 11 个增加到了 17 个。从调整后的各个部门职能看，P2P 互联网金融则归普惠金融局监管。这意味着银监会正式将 P2P 互联网金融作为准金融机构正式纳入监管范围。同时，根据 2015 年 7 月 19 日，十部委发布的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（银发［2015］221 号）来看，亦表明将“网络借贷平台”纳入银监会监管范畴。

② 笔者注：信息系统服务，是指提供信息系统集成、网络管理、网站内容维护、桌面管理与维护、信息系统应用、基础信息技术管理平台整合、信息技术基础设施管理、数据中心、托管中心、信息安全服务、在线杀毒、虚拟主机等业务活动。包括网站对非自有的网络游戏提供的网络运营服务。

根据36号文附件3《营改增试点过渡政策规定》第一条第（二十四）项规定，符合条件的担保机构从事中小企业信用担保或者再担保业务取得的收入（不含信用评级、咨询、培训等收入）3年内免征增值税。但仅适用于被担保对象为中小企业信用担保或者再担保业务取得的收入。

③第三方支付平台

根据《非金融机构支付服务管理办法》（中国人民银行令［2010］第2号）以及《非金融机构支付服务管理办法实施细则》（中国人民银行公告［2010］第17号）的规定，第三方支付平台属于中国人民银行监管的非金融机构，需要取得《支付业务许可证》后才能开展业务。因此，根据36号文的规定，应按照直接收费金融服务中的“资金结算、资金清算、金融支付”服务税目按6%税率征收增值税。

④出借人

根据36号文的规定，个人将资金借与他人使用应视为提供贷款服务，对个人取得的利息收入按贷款服务税目征收6%的增值税。

（2）所得税

①P2P网络平台、担保机构、第三方支付平台

对于P2P网络平台、担保机构、第三方支付平台而言，就其取得的佣金、担保费、手续费等收入，根据《企业所得法》及其实施条例的规定，应当与其他应税收入一并汇总扣除成本、费用等项目后，统一按照所得税率缴纳企业所得税。

②出借人

根据《个人所得税法》的规定，出借人个人取得贷款利息收入应全额按“利息、股息、红利所得”项目计算缴纳个人所得税，税率为20%。但实践中，由于出借人和借款人皆属于个人，且数量和交易众多，税务机关难以进行税源管理，税收征管存在较大困难。

【疑难问题47－2】如何确定出借人取得利息收入所得个人所得税的代扣代缴义务人？

根据《个人所得税法》的规定，对于P2P网贷中的出借人取得借款人支付的利息时，应按20%税率缴纳个人所得税。根据《个人所得税法》第八条的规定：“个人所得税，以所得人为纳税义务人，以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人。”那么，如何确定出借人取得利息收入所得的代扣代缴义务人呢？根据前述税法的规定，应该是支付利息的借款人属于代扣代缴义务人，但显然在实

务中让借款人个人来履行该义务并不现实。笔者认为，尽管目前税务部门尚未针对 P2P 出台专门的税收法规，但基于第三方支付平台模式（资金托管模式）的情形，可考虑规定由第三方支付平台来履行代扣代缴义务。

（3）印花税

根据《印花税暂行条例》的规定，仅仅对其列举的合同（协议）、凭证征收印花税。针对借款合同，《印花税暂行条例》的解释是指银行及其他金融机构和借款人签订的借款合同，因此公民之间、公民与法人和其他组织之间的借贷行为，不属于印花税征税范畴。所以，对于 P2P 网贷中借款人个人与出借人个人之间的借款合同不属于印花税征税范畴；对 P2P 网贷业务涉及的担保机构签订的《担保合同》以及第三方支付机构与借款人、出借人之间形成的《委托合同》或《资金保管合同》等，在印花税暂行条例中并没有予以列举，因此，笔者认为不应缴纳印花税。

出了上述的担保模式之外，对于债权转让模式而言，还涉及一方特殊的当事人“流转人”，我们可以分析得出，他们在交易中，承担了“过渡”性质的出借人的角色，但随着债权的分解转让，这样的角色予以消亡，他们并没有在交易中取得任何的借款利息，也不存在收取其他佣金、服务费等。所以，并不存在所得税、增值税问题。且由于个人和非金融机构与其他个人之间签订的借款合同，不属于《印花税暂行条例》列举的应纳税合同，故亦不存在印花税问题。

笔者将上述担保模式各方当事人的纳税义务总结如下表 47－2：

表 47－2：P2P 网贷担保模式交易各方当事人纳税义务

当事方/纳税人	应税项目	纳税义务及法规依据
P2P 网贷平台	提供居间服务收取的佣金	6% 增值税
	佣金及其他应纳税所得	25% 企业所得税
	居间合同	不属于印花税征税范围
借款人	借款合同	不属于印花税征税范围
出借人	利息收入	6% 增值税
		20% 个税
	借款合同	不属于印花税征税范围
第三方支付平台（资金托管）	收取的手续费	6% 增值税
	手续费及其他应纳税所得	25% 企业所得税
	服务合同	不属于印花税征税范围

续 表

担保机构	收取的担保费	6%增值税
	担保费及其他应纳税所得	25%企业所得税
	担保合同	不属于印花税征税范围

2. P2B 网贷的税务问题

相对于 P2P 网贷而言，P2B 网贷不同的是借款人属于企业，则对于借款人而言，其支付的借款利息按照《企业所得税法》及其实施条例的规定，符合规定的可以在税前扣除。但实践中，如何解决其取得合法扣除凭证则属于一个征管疑难问题，因为取得借款利息的属于大量的出借人个人，显然要借款人取得出借人开具的发票并不现实。这也是以后国税总局出台相关税收政策需要考虑的问题。其他各方的税收问题基本同 P2P 网贷，不再赘述。

四、“众筹”模式的税收问题

（一）众筹的模式

从国内众筹的实践来看，众筹主要包括“捐赠式众筹”、“股权式众筹”和“回报式众筹”以及“债权式众筹”等四种模式。

1. 捐赠式众筹

捐赠式众筹亦称为公益众筹，是指投资人通过众筹平台或其他信息平台对项目进行投资，但投资目的并非为了获取相应的回报或收益，具有无偿性、公益性的筹资模式。譬如，比较有代表性的新浪微公益。[①]

2. 股权式众筹

股权式众筹是指筹资者面向不特定的投资者出让融资项目一定比例的股权（份），投资者通过受让股权（份），享有相应权益，以此达到投资目的。股权式众筹还可细分为股东式众筹、合伙式众筹、权益式众筹。这实际是一种广义的股权式众筹的概念，狭义的股权式众筹仅仅指股东式众筹。

股东式众筹是指采用直接股权投资的方式，由筹资人在众筹平台上展示融资项目，投资人根据自己的商业判断，认购股权与其他投资者一起共同出资或增资成立一个新的商事主体的行为。

合伙式众筹更加接近于天使投资或 VC，即目标融资企业基本属于初创企

① 参见 http：//gongyi. weibo. com。

业，缺乏必要的启动资金或发展资金，通过众筹平台展示管理团队、企业历史情况、未来发展的商业计划、估值议价等，寻求投资者投入资金的行为。在该模式中，投资人一般在一个领投人的带领下成立有限合伙企业作为股东进行投资。

权益式众筹是指筹资人通过互联网销售筹资项目的股权（份）权益凭证，投资人付出资金从而取得该凭证，并依该凭证取得相应权益，按投资人并不成为股东（或合伙人），也不享有股东（合伙人）权利的众筹模式。

3. 回报式众筹

回报式众筹亦称为奖励众筹，是指项目发起人在众筹平台或其他信息平台发布展示项目，投资者在预设的时间内达到或超过预先设定的目标金额时，即为募集成功，发起人将会以实物或者服务的方式给予投资者相应的回报。若募集资金未达到预先设定的目标金额，则须将全部金额退还给所有投资者的众筹模式。譬如，我国最早的回报式众筹互联网平台“点名时间”。①

4. 债权式众筹

债权式众筹是指投资人对有资金需要的项目或企业进行投资，从而获得一定比例的债权，筹资人承诺在约定期限内给予投资人一定比例的利息作为回报，同时归还投资本金。就我国目前实践来看，债权式众筹主要就是前面提及的 P2P 网贷平台模式。

（二）众筹模式的税务问题

对于众筹模式的税务问题，我国税法并没有相关的明确的专门规定，只能是依据现有税收法规和框架来进行分析。

1. 捐赠式众筹的税务问题

在捐赠式众筹中，投资人基于支持慈善公益事业，并有选择性地对筹资人进行实物或资金的支持，但并不以取得回报或收益为目的，实质是双方形成了一种赠与法律关系。因此，投资人实质是捐赠人，按照《企业所得税法》以及《个人所得税法》及其实施条例的规定，企业捐赠人发生的公益性捐赠支出，在年度利润总额 12% 以内的部分，准予在计算应纳税所得额时扣除。个人捐赠人在捐赠额未超过申报的应纳税所得额 30% 的部分，可以从其应纳税所得额中扣除。如果企业捐赠人捐赠的是实物资产，应该视同销售计入应纳税所得额。对于接受捐赠的个人而言，则不属于应税所得。

① 参见 http：//www. demohour. com/。

2. 股权式众筹的税务问题

在股权式众筹中，如果筹资人与投资人计划设立的商事主体是有限责任公司或股份有限公司，则他们之间形成的是股东与股东的法律关系；如果计划设立的商事主体是合伙企业，则形成的是合伙人与合伙人的法律关系；如果投资人仅仅取得的是权益性凭证，则投资人不属于股东也不属于合伙人，但依据权益凭证享有对应的权益的财产权利。

因此，对于设立公司、合伙企业的股权式众筹，应当按照投资人以现金投资设立公司、合伙企业处理，不存在所得税及其他税收问题；对于取得其他权益凭证的股权式众筹，在取得时不存在所得税及其他税收问题，只有在公司对其分配权益时按其他所得计入应纳税所得额缴纳所得税。

3. 回报式众筹的税务问题

在回报式众筹中，筹资人发布融资项目主要是投放于智能产品的研发设计、生产等环节，采取了一种类似于预购的方式，由投资人选定商品后先支付货款，再以最终生产出的智能产品作为回报给予投资者，实质是一种以实物为回报的众筹模式。因此，筹资人和投资人之间不能直接认定为借贷关系，而应界定为实物买卖关系。

因此，投资人在支付投资资金时，属于预付款，筹资人接受预付款不视为销售收入的实现，不计入当期应纳税所得额。在筹资人最终以实物产品作为回报转移给投资人时，视为销售该产品，依法缴纳增值税和所得税。

4. 债权式众筹的税务问题

债权式众筹的有关税务问题请读者参阅前文 P2P（P2B）网贷的有关内容，不再赘述。

五、虚拟货币的税收问题

（一）虚拟货币的法律性质

网络虚拟财产主要表现为网络用户账号、虚拟货币、虚拟装备等，其中虚拟货币是最主要的虚拟财产。譬如，百度公司的百度币、腾讯公司的 Q 币与 Q 点、盛大公司的点卷、新浪的 U 币米票、网易的 POPO 币、联众的联众币、搜狐的狐币等。从技术层面来看，虚拟财产是一种计算机数据，是网络营运商组织技术人员以计算机语言编制的一组二进制代码，被保存在互联网的服务器里。从法律层面来看，如何认定虚拟财产的法律属性存在很大争议，主要有非权利说、物权说、债权说、知识产权说、无形财产说、新型财产说等多种观点。笔

者总结如下表：

表 47－3：虚拟财产的法律性质学说集成

学说	涵义
非权利说	虚拟财产只不过是存在于网络空间中的一组二进制字符串，是虚拟的无形之物，并非现实世界的物质实体，即没有使用价值，也没有价值，即使有价值也会因其虚拟性、无形性特点而使其价值得不到有效衡量，因此它不是一种合法的财产权利。绝大多数的网络游戏运营商、部分政府机构和学者持此观点。
物权说	虚拟财产是网络游戏玩家付出了大量时间、精力甚至金钱所获得的财产，能为其控制、利用和交换，具有物权属性，可以成为物权客体。
债权说	债权说认为，网络游戏是一种服务型的商业化娱乐产业，游戏运营商与玩家之间是一种服务合同关系。网络游戏运营商在门户网站上向消费者宣传自己的游戏时设定的游戏规则、虚拟物品、资费标准等，构成格式合同的要约。用户网上注册时点击“接受”按钮以无条件接受游戏运营商制定的格式条款，即为承诺，注册成功意味着游戏运营商与玩家之间建立了服务合同关系。该合同包含了双方的基本权利义务，即游戏运营商具有向玩家提供相应服务的义务，而玩家也应为其获得该项服务付出相应的对价，即投入时间、精力和金钱等。虚拟财产的重点不在于虚拟物品本身，而在于他所反映的服务合同关系。虚拟财产权利就是玩家可以享受由网络游戏运营商提供的特定服务内容的权利。每一个虚拟物品就是一张合同，由玩家占有后即视为合同签订并转变为虚拟财产。
知识产权说	知识产权说认为，虚拟财产是一种创造性智力成果，应纳入知识产权范畴。关于该知识产权的权利主体，又有两种不同看法，一种认为属于游戏运营商所有，一种认为应属于玩家所有。无形财产说认为，虚拟财产是玩家通过个人的劳动投入、金钱付出等方法创造和获得的，以计算机二进制代码形式存在于网络空间的虚拟世界中的无形财产。虚拟财产具有一定的使用价值和价值，应受到法律的保护。
新型财产说	新形财产说认为，虚拟财产并非完全属于物权、债权、知识产权中的某一类，而是以物权属性为主兼具债权、知识产权特点的新型财产。

笔者认为，根据民法学关于财产属于对人具有经济价值的一切事物之含义及其分为有形财产和无形财产的理论，虚拟财产是一种应具有合法地位的无形财产，一般情况下表现为物权形态的无形财产，即它是一种新型的物权，可称之为虚拟物权；随着网络经济的发展，将来可能会出现属于知识产权形态的虚拟无形财产，即虚拟知识产权。但是，虚拟财产并不能看作债权，也不能理解为是物权与债权、知识产权等财产权利的综合体，或者说，不能将同一财产权

利看作为既是物权，又是债权或知识产权。就国家税收而言，只要确认虚拟财产是一种无形财产，能为经济当事人带来利益就足够了，不必进一步过问其属于何种无形财产权利。

虚拟财产定性为无形财产，则虚拟财产交易就属于转让无形资产。准确界定和理解虚拟财产交易的这一法律属性是正确适用税法征收相关流转税和所得税的前提。此外，需注意的是，游戏运营商与玩家通过用户注册形式签订服务合同并提供账号、销售虚拟货币、提供在线服务等行为，是一种提供游戏服务和转让无形资产的混合经营行为，其中只有玩家能据之获得虚拟财产的交易活动才属于转让无形资产；玩家之间或玩家与游戏工作室之间的虚拟货币、武器装备等虚拟财产交易则为单纯的转让无形资产行为。

通过上述分析，笔者认为虚拟货币的本质亦是一种“虚拟财产”而非货币。

（二）虚拟货币的税收政策及其实施疑难

根据36号文附件1《营改增试点实施办法》附件“销售服务、无形资产、不动产注释”第二条“销售无形资产”的相关规定，销售无形资产，是指转让无形资产所有权或者使用权的业务活动。无形资产，是指不具实物形态，但能带来经济利益的资产，包括技术、商标、著作权、商誉、自然资源使用权和其他权益性无形资产。其他权益性无形资产，包括基础设施资产经营权、公共事业特许权、配额、经营权（包括特许经营权、连锁经营权、其他经营权）、经销权、分销权、代理权、会员权、席位权、网络游戏虚拟道具、域名、名称权、肖像权、冠名权、转会费等。因此，虚拟货币销售可以视为销售其他权益性无形资产处理，并依法征收增值税。

2008年9月28日，国家税务总局对北京地税局《关于个人通过网络销售虚拟货币取得收入计征个人所得税问题的请示》做出批复《国家税务总局关于个人通过网络买卖虚拟货币取得收入征收个人所得税问题的批复》（国税函［2008］818号），该批复明确：“个人通过网络收购玩家的虚拟货币，加价后向他人出售取得的收入，属于个人所得税应税所得，应按照‘财产转让所得’项目计算缴纳个人所得税”，“个人销售虚拟货币的财产原值为其收购网络虚拟货币所支付的价款和相关税费”，“对于个人不能提供有关财产原值凭证的，由主管税务机关核定其财产原值”。2008年11月，北京市地税局公布了《虚拟货币交易税征收细则》，规定：“对个人能提供有关财产原值有效凭证的，将以个人销售网络虚拟货币所得，减去其收购网络虚拟货币的成本，以二者的差额为税基，按20%的税率计征个人所得税。对不能提供相关费用支出凭证的，参照古

玩字画拍卖等其他财产转让所得征收办法，暂以全部转让收入计征 3% 的个人所得税。”国家税务总局的批复与北京地税局的《细则》，可谓一石激起千层浪，关于虚拟货币等虚拟财产交易能否征税及如何征税在全国引起各界的广泛争议和关注。赞成与反对声音此起彼伏，实施起来更是困难重重，至今也未见该政策真正得以实施，虚拟货币交易的个人所得基本仍处于“免税”的事实状态。

显然，对于玩家等非网络游戏运营商之间虚拟财产交易的税款征收，面临着网络虚拟交易所带来的监管困难及法律、制度规定不到位、缺乏可操性等困境，主要包括如下几个方面的问题：

1. 征税与纳税主体难以确定

对于玩家等非网络游戏运营商来说，其网络账号、店铺等仅仅是无任何现实地域指向的网址，玩家或经营者可以在现实世界中的任何地方登录该网址进行交易，其经营行为不具有现实世界的“场所”概念，他所使用的用户名亦可由其任意设定。并且，用户与网络游戏运营商、第三方交易平台之间都签有保密协议。这就使税务机关难以行使税收管辖权，从而使具体的征税主体难以确定。同时，互联网虚拟世界中网址所代表的店铺与账号、用户名所代表的玩家等交易主体，与其真实身份并没有直接联系，即使有直接联系也可能因事先设定的保密协议而阻挡税务机关追踪纳税人的身份。虚拟财产交易当事人在进行交易时，不仅可以使用假名，还可以频繁变换网址、改变用户名或同时使用多个账号。此外，玩家等非网络游戏运营商之间还经常采取网上赠送虚拟财产、网下交付实际货币的私下交易方式，致使税务机关无法查找纳税人的下落，亦无从取得正常的交易记录。这些困难，客观上造成纳税主体难以确定。

2. 交易金额与财产原值难以认定

虚拟财产交易从订购、交付到结算均可在网上进行，交易过程中的商谈、合同、订单、结算票据等都以电子形式存在。这种无纸化交易流程，使交易记录没有书面凭证可查；同时，用户还可使用加密、授权等多种方式保护、掩藏交易信息；或者，对保存的电子交易记录随时不留痕迹地加以修改、删除。这就使税务部门难以取得准确真实的虚拟财产交易信息，计征税款所需的交易金额及财产原值难以确定。此外，玩家、游戏工作室投入时间、精力在游戏过程中所获取的游戏币、道具等虚拟物品，其成本或原值更加难以认定。

3. 网络游戏运营商和第三方交易平台的非积极配合

从现实情况来看，虚拟财产种类繁多且市值变动甚大，国家税务部门无论在人力、物力，还是技术水平上，都难以完成对交易金额或财产原值的认定，

需要相关网络游戏运营商的大力配合。迄今为止，各运营商为谋求利益最大化普遍坚持虚拟货币的单向交易原则（即现实货币可以购买虚拟货币，虚拟货币不得兑换现实货币），并在其用户注册协议中载明，禁止虚拟货币、游戏道具等虚拟物品的线下交易，甚至声明有权封停从事线下交易的账号。然而，国家对虚拟财产交易征税，在一定程度上承认了虚拟货币与现实货币间的双向流通，承认虚拟财产交易的合法性。这将减少网络游戏运营商虚拟货币、游戏道具的销量，并使其对玩家虚拟物品的遗失、被盗等承担责任，从而很大程度上损害其利益。因此，很难期望网络游戏运营商会花费大量人力、物力积极配合税务部门的征税活动。

同样，大量虚拟财产交易发生在淘宝、5173 等第三方交易平台，其完全有能力保留完整的客户交易记录。但是，国家的征税行为增加了玩家、中间商的交易成本，将促使某些用户选择让渡少量利益给买家从而转入私下交易，导致第三方交易平台客户的大量流失。结果是，第三方交易平台对虚拟财产交易的税款征收也不会积极配合。网络游戏运营商与第三方交易平台在虚拟财产交易中处于中心地位，他们不积极配合，税务部门很难顺利完成征税任务。

4. 不通过第三方交易平台的私下交易

虚拟财产交易的最大特色是突破时间与空间限制，交易双方往往不是同城用户，但不是说他们必须通过第三方交易平台进行交易。出于逃避监管、税收或方便等原因，许多玩家、中间商会选择一方先付钱、另一方收钱后给予虚拟货币、道具等虚拟物品，或者相反。大量存在的不通过第三方平台的私下交易，给税务部门的征管工作造成巨大障碍。

5. 法律规定的欠缺与征管队伍不适应

虚拟财产交易征税目前难以进行，除了上述技术性与经济性原因之外，法律规定欠缺，操作性不足，无疑是另一个基础性原因。首先，虚拟财产及其交易的法律性质未明确，给征税过程中适用税种与税率造成困扰；其次，如何针对虚拟交易特点确定具体的征税机关和纳税主体，未有明确的规则；第三，虚拟财产交易当事人相关的权利义务及法律责任未作出明确规定；第四，如何确定交易金额及财产原值未规定相关的标准和认定程序，特别是缺乏网络游戏运营商与第三方交易平台的配合要求和责任的规定；等等。此外，对于网络虚拟环境中的税收问题，税务部门还不熟悉，其技术装备与人员素质均不能适应要求，也是造成目前虚拟财产交易征税工作陷入困境的重要原因。

专题 48：理财产品的税务问题

内容概览

在现在的社会，对于企业或个人而言，如何让自己手中的财富保值增值是现代理财的根本目的（投资理财），即根据个人风险承受能力，不断调整存款、股票、债券、基金、信托投资以及结构化金融产品等投资组合，以取得资产最大增值。毫无疑问，对各类理财产品而言，必然会涉及税收的问题。在本专题，笔者将对此进行讨论。本专题包含如下内容：

■ 理财的概念及分类

■ 银行理财产品的税务问题

■ 信托理财产品的税务问题

■ 互联网理财产品的税务问题

一、理财的概念及分类

简单地讲，理财产品，即由商业银行、信托公司等其他金融机构自行设计并发行，将募集到的资金根据产品合同约定投入相关金融市场并购买相关金融产品，获取投资收益后，根据合同约定分配给投资人的一类投资工具。按照理财产品募集资金的投向进行分类，理财产品可以分为存款、股票、债券、基金、信托类产品、保险理财产品、黄金等贵金属投资、P2P 理财等。笔者将其总结如下表 48 – 1：

表 48 – 1：理财产品按投向分类

类别	涵义	主要特征
存款	存款指存款人在保留所有权的条件下把资金或货币暂时转让或存储于银行或其他金融机构，或者是说把使用权暂时转让给银行或其他金融机构的资金或货币，是最基本、最重要的金融行为或活动，也是银行最重要的信贷资金来源。	投资收益率低；长期来看，由于通货膨胀的存在，这种收益是负收益；中途退出按活期利息计算。

续 表

股票	股票是一种有价证券，是股份公司在筹集资本时向出资人公开或私下发行的、用以证明出资人的股本身份和权利，并根据持有人所持有的股份数享有权益和承担义务的凭证。	投资风险高；高收益与高风险并存；股票是高风险高收益的投资方式。
债券	债券指政府、金融机构、工商企业等社会各类经济主体为筹措资金而向投资者发行的，并且承诺按一定利率、约定期限支付利息并按约定条件偿还本金的债权债务凭证。	安全性好；收益比银行存款高；流动性较强；不能抵御通货膨胀。
基金	基金是一种利益共享、风险共担的集合投资方式，即通过发行基金单位，集中投资者的资金，由基金托管人托管、基金管理人管理和运用，从事股票、债券等金融工具的投资，以获得投资收益和资本增值。基金分为封闭型基金与开放型基金。	专业化管理；分散投资风险；获得规模效益，降低投资成本；具有资金、技术、信息、人才、渠道等优势。
信托投资	信托理财产品是指信托公司为投资者提供的一种低风险、收益稳定的金融理财产品，是在“受人之托，代人理财”的宗旨下，受托人根据融资方的资金需求设立的特定用途的资金募集行为，委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，按约定的收益分配期限获取回报的一种金融理财产品。	投资收益高，安全性比较好；行业较成熟；其投资金高，资金流动性差；认购程序复杂；受国家宏观调控影响。
分红保险	分红保险是指保险公司将其分红保险业务实际的经营成果优于定价假设的盈余，按照一定比例（目前中国保监会规定不低于70%）向保单持有人进行分配的人寿保险产品。	保本；有保证收益；分享保险公司利润；免征税收；抵御通货膨胀。
黄金	黄金一直是一种投资工具。它价值高，并且是一种独立的资源，不受限于任何国家或贸易市场，黄金投资是世界上税务负担最轻的投资项目。黄金投资主要包括实物黄金、纸黄金、现货黄金、黄金期货、黄金股票、黄金基金等类别。	价值变化微小；流动性/变卖性高；买卖实金盈利低，但风险也低，炒作纸黄金（标准合约）相对盈利高，但风险较大；实金维护成本高，而纸黄金，如标准合约的维护成本低。
P2P借贷	P2P借贷模式指的是提供P2P借贷信息及相关服务的平台，其中包括线上和线下两种类型。其经营模式主要是搭建第三方服务平台，为有投资理财需求的客户和有融资贷款需求的客户提供信息及相关服务。	有一定的风险；年化收益：10% –20%左右；投资门槛：一般100元起投。

除上述基础分类之外，按照理财产品发行的机构来进行分类，理财产品主要可以分为“银行理财产品”、“信托理财产品”和“P2P 理财产品”等。银行理财产品又主要可以分为货币型理财产品、债券型理财产品、贷款类银行信托理财产品、新股申购类理财产品以及结构性理财产品等。银行理财产品还可以分为保证收益理财产品和非保证收益理财产品。保证收益理财产品的收益是固定期限到期后，就可以获得协议上规定的收益，反之为非保证收益理财型；非保证收益理财型又分为保本浮动收益理财产品和非保本浮动收益理财产品。保本浮动收益理财产品，是指银行按照约定向客户保证本金，支付本金以外的投资风险由客户承担，并依据实际投资收益情况，确定客户实际收益的理财产品，反之就是非保本型。笔者将其分类总结如下表 48 －2：

表 48 －2：理财产品按收益是否保证分类

分类	保证收益型		非保证收益型	
银行理财产品	固定收益类：固定收益（比如4%）；保证本金安全	有最低收益的浮动收益类：保证最低收益（比如 2%）可浮动；保证本金安全	保本浮动收益类：预期年化率5%左右；最低收益为零；保证本金安全	非保本浮动收益类：预期年化率最高5%以上；最低收益为零；本金可能亏损
信托理财产品	投资方式		投资资金投向	
	权益类信托产品（包括股权类信托）	贷款类信托产品	房地产类信托、基础设施类信托	流动资金信托、另类信托（包括矿产信托、红酒信托、家族信托等）
互联网理财产品	P2P 借贷	余额宝等 货币市场基金	——	——

二、银行理财产品的税务问题

银行理财产品还可以分为固定收益类理财产品、现金管理类理财产品、资本市场类理财产品、代客境外理财类产品和结构型理财产品五类。前述五类理财产品的运作过程并未体现委托代理关系，而主要体现了银行与客户间的债权债务及信托关系。笔者认为，不同类型的银行理财产品具有不同的法律关系和法律性质，如何对其涉及的当事人进行征税应根据其法律关系、性质和交易实

质来进行处理。

（一）银行理财产品税务处理的决策程序和方法

笔者认为，银行理财产品的税务处理（包括账务处理）的判定一般需要遵循如下两个主要步骤：

第一步，银行理财产品的税务处理之所以并不清晰，其根本的原因在于对银行理财产品的法律性质或法律关系并未界定清楚或者存在争议。所以，首先应当根据银行理财产品的类型、当事人合意以及运作模式等因素对其法律性质进行界定。其又包括对投资人与银行、银行与其下手之间的法律关系两个方面；

第二步，根据第一步判定的法律性质来处理投资人与银行、银行与其下手之间交易的税务处理：

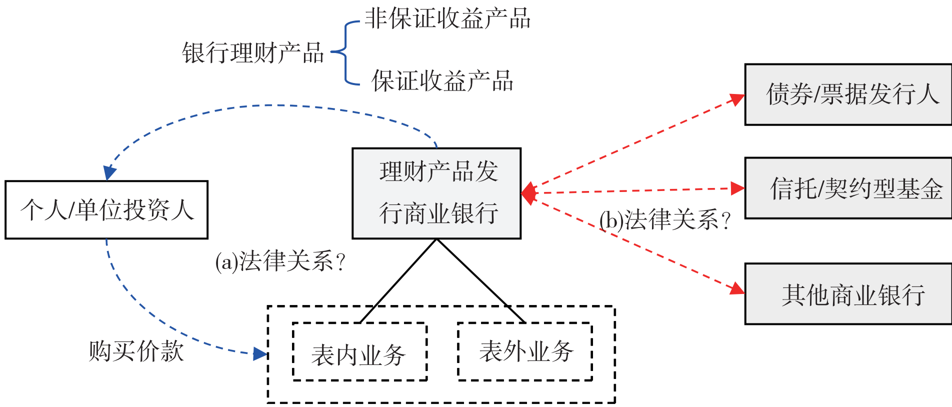
一是，如果投资人与银行之间属于债权债务关系，则按照或比照存款进行税务处理；如果属于信托关系，则按照信托进行税务处理；

二是，如果银行对外进行债券等投资，则按照债券进行税务处理；如果银行对外进行股票等投资，则按照股票进行税务处理；如果银行投资信托产品，则按照信托进行税务处理。

（二）银行理财产品的法律性质的判定

尽管我国银行理财业务目前已经取得了巨大的发展，但是对银行理财业务的法律性质尚存在较大争议。从银监会颁布的《商业银行个人理财业务管理暂行办法》（银监会令 2005 年第 2 号，下称“《管理暂行办法》”）、《商业银行个人理财业务风险管理指引》（银监发［2005］63 号，下称“《管理指引》”）以及《商业银行理财产品销售管理办法》（银监会令 2011 年第 5 号，下称“《销售管理办法》”）来看，它们并没有对相关理财产品的法律性质做出明确的界定。笔者认为，要搞清楚银行理财产品的法律性质应根据理财产品的类型、交易运作过程并综合考量两个方面的交易和法律关系或性质来予以确定：一是，投资人（个人或单位）与理财产品发行商业银行之间的法律关系或性质；二是，理财产品发行商业银行与投资的对象（债券/票据发行人、信托/契约型基金、其他商业银行等）之间的法律关系或性质。笔者将前述交易总结如下图 48－1：

图 48－1：银行理财产品的交易模式和法律关系



从上图可以看出，银行理财产品的发行、购买以及交易的过程主要涉及三方当事人和两个法律关系。三方当事人包括银行理财产品的投资人（个人或单位）、理财产品的发行商业银行以及募集资金投向的对象（债券/票据发行人、信托/契约型基金、其他商业银行等）；两个法律关系包括银行理财产品的投资人（个人或单位）与发行商业银行之间的法律关系，以及发行商业银行与投资对象发行单位之间的法律关系。

为了正确解决银行理财产品的税收问题，我们首先要对银行发行的理财产品进行分类。这个分类方法应该按照是否保本、收益是否固定或浮动来进行。如前所述，银行理财产品按此分类可以分为两类：一是保证收益型理财产品，该类产品又可分为保本且收益固定型和保本且有最低收益的浮动收益型；二是非保证收益型理财产品，该类产品又可分为保本且收益浮动型和非保本且收益浮动型。在此基础上我们来对其法律关系和税务问题进行分析。目前理论和实践对其法律性质的认识主要包括如下表 48－3 所列示的四种观点：

表 48－3：银行理财产品法律性质判定观点集合

观点	观点内容	支持理由
委托代理关系说	该观点认为银行理财产品应属于委托代理理财的范畴，客户与银行之间签署的协议应当属于委托代理合同，这种观点又被理论界称为“委托代理关系说”。	1. 现行法律并不允许商业银行从事信托业务。根据《商业银行法》第四十三条规定，商业银行不得从事信托投资和证券经营业务。因而，将理财产品归属为信托关系实质违反了《商业银行法》的规定；2.《管理暂行办法》第九条对综合理财服务的定义表明其属于委托和代理关系。该条明确商业银行接受“委托和授权”，这是投资人委托银行代理投资和资产管理的关系；3. 从法律理论角度来分析，从《管理暂行办法》第九条的规定来看，银行理财业务确实符合委托代理关系的特征。理由在于：一是，综合理财业务是由客户将资金委托给银行，其之间存在委托关系；二是，银行根据客户的授权代表客户从事投资与资产管理活动，即银行的业务权限来自于客户的授权，并在授权范围之内进行资产管理；三是，银行代表客户从事相关业务活动，虽然并没有明确银行必须以客户的名义进行业务活动，但是也基本符合间接代理（隐名委托代理）关系的特征；4. 同时，在《管理暂行办法》和《管理指引》的新闻发布会上，银监会的相关负责人明确地指出，银行个人理财业务是建立在委托代理关系基础之上的，其是商业银行向客户提供的一种个性化、综合化服务。从这个讲话中，监管部门认定银行理财业务法律关系应当属于委托代理关系，但个人理财业务是不是真正属于或者完全属于委托代理业务的范畴尚存在较大的争论。
信托关系说	该观点认为银行理财产品应属于信托财产，客户与银行之间的关系是信托关系，这种观点也被称为“信托关系说”。	1. 投资人资金已经转移至商业银行名下，即被视为投资人已经基于信任而将自己财产作为信托财产转移至商业银行名下，而委托代理关系则并不存在资产所有权的转移；2. 根据《信托法》的有关规定，信托法律关系是指委托人以对受托人的信任为基础，将其财产权利托付给受托人，由受托人按委托人的意愿，以受托人自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行财产管理或者处分的行为。商业银行综合理财产品的投资人正是基于对商业银行专业知识及其信誉的信任，而将自己的财产托付给商业银行，由商业银行根据事先与投资人约定的计划和方式，以商业银行自己的名义，为客户的利益，对客户资产进行管理投资，所以综合理财产品符合信托法律关系的构成；3.《管理暂行办法》第九条使用“委托和授权”字样仅仅是为了避免与上位法的冲突而为。根据《商业银行法》的相关规定，我国金融业实行的是

续 表

		分业经营模式，商业银行不得从事信托业务，信托业务由证券公司和信托公司经营。但随着经济的发展，实际很多业务已经涉及混业经营，由于法律规定的滞后性，为避免与上位法的冲突，《管理暂行办法》才使用了前述字样。
债权债务关系说	该观点认为，商业银行理财产品（特别是保证收益理财产品）明显具有储蓄特征或者纳入银行表内业务，应属债权债务关系。	1. 投资人享有获取保本且收益固定或者有最低收益保障的权利；2. 银行将其纳入表内业务处理，且承诺支付固定或保底收益。
信托为主，债权债务为辅说	该观点认为银行理财产品的法律性质主要是以信托关系为主，而对于部分具有变相储蓄特征或者纳入表内业务的理财产品应归结为债权债务关系。	笔者赞同第四种观点。理由在于，相对来说这种方式也更为科学，避免了“一刀切”的全盘肯定或否定。就委托代理关系和信托关系的区别来看，其主要表现在：第一，信托财产独立于委托人、受托人以及受益人等，在信托关系尚未结束时，任何一方都不得主张信托财产，信托财产独立性程度较高，而委托代理关系中，委托人仍可享有对其财产的控制权，委托财产独立性程度较低；第二，信托关系中，受托人根据信托协议有独立处理财产的权限，不受委托人个人意思的干扰和约束，而委托代理关系中，代理人必须严格按照委托人的授权范围从事活动。这两点区别是界定理财产品法律性质的关键所在。同时，某些保证收益类理财产品又具有明显的债权债务关系的特征。

根据上述第四种观点，笔者将银行理财产品各类型的法律性质的界定总结如表48－4。

表 48 –4：银行理财产品法律关系及税务处理汇总表

分类	保证收益型				非保证收益型			
	保本且有固定收益		保本且有最低收益		保本浮动收益		非保本浮动收益	
	投资人	银行	投资人	银行	投资人	银行	投资人	银行
法律关系	债权债务关系		债权债务关系		信托关系		信托关系	
增值税	投资人购买视为存款，取得的持有收益视为利息收入，不征收增值税①	银行视为取得存款，对外投资债券等产品买卖的视为买卖金融商品征收增值税；对外投资信托产品构成信托的，从信托取得收益，不征收增值税；银行取得的发行手续费、托管费、管理费等费用按直接收费金融服务征收增值税；同业往来暂免征增值税②	同前	同前	投资人购买视为委托现金资产，取得的持有收益比照存款利息，不征收增值税	同前	投资人购买视为委托现金资产，取得的收益视为投资收益，不征收增值税	同前
所得税	企业取得存款利息收入缴纳企业所得税；个人取得存款利息收入免征个人所得税	银行取得的发行手续费、托管费、管理费、利息收入缴纳企业所得税；银行取得的信托收益，信托未完税的缴纳企业所得税，信托已完税的免税③	同前	同前	取得的收益，银行未完税的缴纳企业所得税，银行已完税的免税	同前	同前	同前

注：①根据 36 号文附件 2《营改增试点事项规定》第一条第（二）项的规定，存款利息不征收增值税。

②根据 36 号文附件 2《营改增试点事项规定》第一条第（五）项的规定，直接收费金融服务指为货币资金融通及其他金融业务提供相关服务并且收取费用的业务活动。包括资产管理、信托管理、基金管理等。

③关于信托的税制，请读者参阅“专题 36：信托税制与实践”的内容。本处税务处理参照《财政部国家税务总局关于信贷资产证券化有关税收政策问题的通知》（财税［2006］5 号）第三条第（二）项规定“对信托项目收益在取得当年向资产支持证券的机构投资者（以下简称机构投资者）分配的部分，在信托环节暂不征收企业所得税；在取得当年未向机构投机者分配的部分，在信托环节由受托机构按企业所得税的政策规定申报缴纳企业所得税；对在信托环节已经完税的信托项目收益，再分配给机构投资者时，对机构投资者按现行有关取得税后收益的企业所得税政策规定处理”执行。

（三）银行理财产品的税务处理问题

1. 保本且收益固定类理财产品的法律性质和税务问题

银行保本且固定收益类理财产品具体来说又分为债券型理财产品、票据型理财产品以及信托贷款型理财产品等，其投资方向主要集中在银行间市场等金融市场的债券、票据以及信托贷款。本类理财产品具有承诺到期归还本金以及支付固定收益的特性。即是说，此类理财产品具有本金上的保本性和收益上的固定性。

（1）保本且收益固定类理财产品的法律性质

①理财产品发行银行与投资人之间的法律关系

固定收益类理财产品属于保本型理财产品，按照《商业银行法》及其相关规定，保本型理财属于银行的自营业务，纳入表内核算［“吸收存款（结构性存款）”科目］。从此角度来看，已经体现了在固定收益类理财业务中，发行银行与投资人之间属于债权债务关系。此外，根据《中国银监会关于进一步规范商业银行个人理财业务投资管理有关问题的通知》第九条的规定：“商业银行发售理财产品，应按照企业会计准则（2006）第23号‘金融资产转移’及其他相关规定，对理财资金所投资的资产逐项进行认定，将不符合转移标准的理财资金所投资的资产纳入表内核算，并按照自有同类资产的会计核算制度进行管理，对资产方按相应的权重计算风险资产，计提必要的风险拨备。”将不符合金融转移标准的理财资金纳入表内核算改变了过去认为理财产品属于中间业务而不纳入银行资产负债表观念，表内理财产品和表外理财产品的划分也是对银行与投资人之间的法律关系是否属于债权债务关系的划分。因此，固定收益类理财产品业务的法律性质属于债权债务关系，而不属于委托代理关系或者信托关系，因为对于只具有委托代理或者信托性质的理财来说，资产的收益是无法保证的，并且委托人要承担最后的风险。

②理财产品发行银行与其他发行对象之间的法律关系

在固定收益类理财产品运作过程中，理财产品发行银行与其他机构（如债券发行人、信托公司等）之间可能存在债权债务关系、委托代理或者信托关系。譬如，以权益投资信托为例，投资人可以从理财产品发行银行获得稳定的收益，但是银行将资产委托给信托公司，而信托公司将资产投资于能够获得稳定收益的公共项目（如道路收费权）等。因而，理财产品发行银行和信托公司之间则存在信托关系。再譬如，如果固定收益类理财产品是银行将资产投资于债券、票据等领域则会产生另外的债权债务关系。但是对于固定收益类理财产品来说，

本金和收益可以得到保证，因此，从银行和客户之间的法律关系来看，其法律属性并不是委托代理关系或者信托关系，而应属于客户与银行间债权债务关系。

（2）保本且收益固定类理财产品的税务问题

①增值税

对于企业和个人购买银行理财产品取得的收益，由于不承担投资风险，收取固定利润，视为发生贷款行为，对收取的固定收益视为贷款利息，根据36号文附件2《营改增试点事项规定》第一条第（二）项的规定，不征收增值税。

②所得税

根据法律性质的界定以及《企业所得税法》和《个人所得税法》的相关规定，企业取得存款利息收入缴纳企业所得税，个人取得存款利息收入免征个人所得税。

2. 保本且有最低收益的浮动收益型理财产品的法律性质和税务问题

保本且有最低收益的浮动收益型理财产品属于保本型理财产品，由于有最低收益的保证，且与保本且固定收益类理财产品的法律性质类似，不再赘述。其增值税政策、所得税的适用实质与保本且固定收益类理财产品采取同样的思路和政策。

3. 保本且浮动收益型理财产品的法律性质和税务问题

对于此类理财产品，一般包括现金管理类理财产品、资本市场类理财产品、代客境外理财类产品（QDII产品）和结构性理财产品。

（1）现金管理类理财产品

银行现金管理类理财产品主要是指客户将现金委托给银行，银行将现金投入于国债、金融债、央行票据、债券回购以及高信用级别的企业债。尽管这种理财产品与固定收益类理财产品投资对象存在一定重合，但是这种理财产品在期限的设定上比较灵活，也可以随时赎回，相当于是一种特殊的活期存款，预期收益比活期存款要高，但风险也相对较高。这种理财产品的运作过程大致如下：银行客户之间通过理财产品说明书、格式条款式的交易协议对双方的基本权利做出约定，由委托人（受益人）承担其中的风险和收益，但基本不会具体约定银行必须投资某种或者某些特定的债券，而主要是通过银行根据一定的投资计划、产品设计方案进行债券投资；同时，银行也不会对于这种产品的收益做出最低保证。从此角度来说，这种理财业务中，银行与客户之间的法律关系不是债权债务关系。另外，银行主要是以自己的名义购买和管理这类产品，在不超过一定范围的情况下，具体的投资方向也可由银行自由把握，而客户无法

左右理财产品的具体运作，故在现金管理业务中，客户与银行之间也不属于委托代理关系，应当属于信托关系。

基于上述分析，银行发行的现金管理类理财产品其会计上是不在表内核算的，而是和信托一样，按照发行的产品单独建账在表外核算。银行取得的发行手续费、托管费、管理费等费用正常并入银行表内，作为直接收费金融服务缴纳增值税。但是，此时，对于单位和个人购买现金管理类理财产品是否要征收增值税呢？笔者认为，这个时候应当适用信托的有关税制来进行处理。遗憾的是，我们有关信托的税制极不完善，甚至可以说是空白，这必然导致实践中如何适用的争议。在营改增之前，唯一的有关信托税制的文件其实就是《财政部国家税务总局关于信贷资产证券化有关税收政策问题的通知》（财税［2006］5号），该文规定，对受托机构从其受托管理的信贷资产信托项目中取得的贷款利息收入，应全额征收营业税。但该文件并没有解决有关单位和个人购买现金管理类理财产品的营业税问题。在营改增之后，是否征缴增值税亦不明确，笔者认为，在信托税制明确之前，应对单位购买此类理财产品取得的持有收益比照存款利息处理，不征收增值税。

对于所得税而言，笔者认为可以参照财税［2006］5号文第三条第（二）项的规定：“对信托项目收益在取得当年向资产支持证券的机构投资者（以下简称机构投资者）分配的部分，在信托环节暂不征收企业所得税；在取得当年未向机构投机者分配的部分，在信托环节由受托机构按企业所得税的政策规定申报缴纳企业所得税；对在信托环节已经完税的信托项目收益，再分配给机构投资者时，对机构投资者按现行有关取得税后收益的企业所得税政策规定处理。”对于个人投资者，笔者认为可以参照证券投资基金税收政策予以执行，即对于个人取得的理财产品的收益暂不征收个人所得税，对于转让理财产品取得的转让价差，如果属于股票转让所得的，对于个人暂不征收个人所得税。对于取得其他债券所得的，应按目前《个人所得税法》的相关规定执行。

（2）资本市场类理财产品

资本市场类理财产品的主要投资对象是上市公司股票、开放式基金、封闭式基金、交易所债券等。《中国银监会关于进一步规范商业银行个人理财业务投资管理有关问题的通知》第十八条规定：“理财资金不得投资于境内二级市场公开交易的股票或与其相关的证券投资基金。”第十九条规定：“理财资金不得投资于未上市企业股权和上市公司非公开发行或交易的股份。”同时，其第二十条又规定：“对于具有相关投资经验，风险承受能力较强的高资产净值客户，商业

银行可以通过私人银行服务满足其投资需求，不受本通知第十八条和第十九条限制。”从此规定来看，资本市场类理财产品针对的个人银行业务，只对那些风险承受能力较高的银行客户开放。这种个人理财服务在银行内往往是由专人服务，投资计划也能做到量身定做。在这类理财服务中，银行同样会和客户签订协议，交由银行处理和运作资金，同样不对最低收益做出保证，其也是风险水平最高的理财产品之一。这类理财业务关系中，客户的资产独立于客户以及具体运作人，并且银行以自己的名义运作资产，一般客户也不得提前支取（除现金管理类理财产品外，其他理财产品协议基本都会附上“不得提前支取”条款，这也说明了客户资产的独立性）。同时，客户将资产交由银行打理之后，往往对于具体的投资运作不甚了解也不甚关心，只对最后的风险和收益较为关注。这类理财服务与证券公司的资产管理业务、基金管理公司的证券投资业务存在高度的相似性，此时银行与客户之间是一种典型的信托关系，而非委托代理关系。

有关增值税、所得税的税收政策同现金管理类理财产品。

（3）代客境外理财类产品（QDII 产品）

代客境外理财类产品是指具有代客境外理财资格的商业银行，受国内个体委托，将其资金在境外有条件地进行金融产品投资的业务。其投资对象主要有利率、汇率、股指以及境外的股票、基金等。对于代客境外理财类产品，委托人出于对银行的信任让商业银行管理、处分自己的投资财产，这其中形成了一种受信任的关系，因此受托人也就是商业银行必须履行受信任的义务。在行代客境外投资过程中，银行必须委托具有托管资格的其他境内商业银行作为资产托管人。从这个角度来说，这类理财产品的资金具有独立性，符合信托关系的关键要件——财产独立。同时，银行是以自身的名义运作此部分资金，因此，就委托人、受托人及受益人的关系来说，代客境外理财类产品服务属于信托关系。

有关增值税、所得税的税收政策同现金管理类理财产品。

（4）结构性理财产品

结构性理财产品是指将存款等固定收益产品与金融衍生品组合在一起而形成的一种新型金融产品，其收益回报的多少取决于挂钩标的（如外汇利率、股票、大宗商品等）的表现水平。其运作过程主要是以银行同客户与其他机构之间签订一定的协议，实现风险对冲。相对于上述三种银行理财产品，结构性理财产品更具有特殊性，主要表现在固定收益与不固定收益的结合，但这种固定收益不一定是全部保本，而是客户根据不同的风险特征与银行之间达成一定的

保本比例，保本比例越高收益越少，保本比例越低，预期收益率也就越高，但风险也高。

根据《管理暂行办法》第二十二条的规定：“商业银行销售的理财计划中包括结构性存款产品的，其结构性存款产品应将基础资产与衍生交易部分相分离，基础资产应按照储蓄存款业务管理，衍生交易部分应按照金融衍生产品业务管理。”因此，具有结构性存款特征的理财计划产品，是以债权债务法律关系为基础的理财产品。但对于浮动收益（期权）的部分认定为债权债务关系不甚妥当，实际上，结构性金融产品是银行与客户之间对未来不确定情况的博弈和对赌，若客户预期准确，那么产品进行反向操作的银行在收益上会受到一定的损失；而投资者预测失误，那么银行将从中获取更高的收益。因此，可以将这一部分看做是客户与银行之间普通金融衍生品的交易关系。也就是说，在这类理财产品中，银行与客户之间的委托代理或者信托关系并不明显。

笔者认为，投资人购买理财产品视为委托现金资产设立信托，取得的信托收益视为投资收益，不缴纳增值税。同时，所得税处理按照信托进行处理，即投资人取得的收益，银行未完税的缴纳企业所得税，银行已完税的免税，以避免重复征税。

4. 非保本且收益浮动类理财产品的法律性质和税务问题

非保本且收益浮动类理财产品，对于投资人和银行之间构成典型的信托法律关系。银行发行的非保本型理财产品，其会计上是不在表内核算的，而是和信托一样，按照发行的产品单独建账在表外核算。此时，银行发行非保本型理财产品取得的发行手续费、托管费、管理费等费用正常并入银行表内，作为直接收费金融服务业务缴纳增值税。对于企业购买理财产品则视为委托现金资产设立信托，取得的信托收益视为投资收益，不缴纳增值税。同时，所得税处理按照信托进行处理，即投资人取得的收益，银行未完税的缴纳企业所得税，银行已完税的免税，以避免重复征税。

三、信托类理财产品的法律性质

对于投资人（单位和个人）购买的银行信托类理财产品或者直接从信托公司或证券公司或契约型基金公司购买的理财产品，其税务处理应当遵从有关信托的税制来进行处理，基本类似于非保本且收益浮动的理财产品的税务处理，不再赘述。

四、互联网理财产品的法律性质

除了前述的银行理财产品和信托类理财产品之外，随着互联网金融的发展，越来越多的互联网理财产品不断出现。本书前述的 P2P 借贷平台其实就是一种新出现的互联网理财产品，除此之外还存在另外一些新兴的互联网理财产品。譬如，"余额宝"、"理财通" 等货币市场基金。鉴于 P2P 借贷平台笔者已经做过详细介绍，在此仅介绍后者。

（一）"余额宝" 等货币市场基金的概念及运作模式

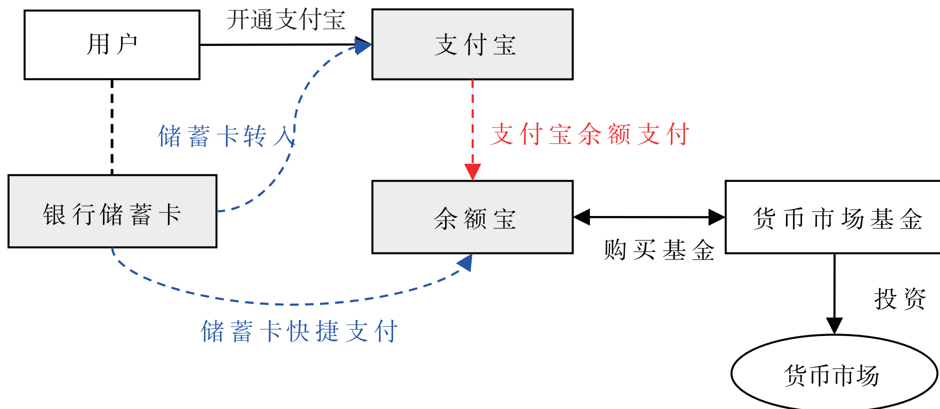
1. 什么是 "余额宝"？

简单地讲，"余额宝" 是第三方支付平台 "支付宝" 打造的余额增值服务。即，用户可以把钱转入 "余额宝" 即购买了由 "天弘基金：增利宝货币基金" 提供的余额宝货币基金，可获得收益。余额宝内的资金还能随时用于网购支付，灵活提取。"余额宝" 支持支付宝账户余额支付、储蓄卡快捷支付（含卡通）的资金转入，不收取任何手续费。通过 "余额宝"，用户存留在支付宝的资金不仅能拿到 "利息"，而且和银行活期存款利息相比收益更高，但也存在利率降低的风险。

2. "余额宝" 的交易架构及法律关系

"余额宝" 的交易架构可以用一句话来简单概括，即是：一个内嵌在支付宝平台上的货币市场基金。其实际是，用户要想开通余额宝需要首先开通支付宝，由于余额宝算是嵌在支付宝里的一个业务，所以支付宝的钱可以和余额宝相互转换。笔者将其交易架构总结如下图 48－2：

图 48－2：余额宝的交易架构



在上述交易架构中，支付宝属于第三方支付平台，其依据《非金融机构支付服务管理办法》（中国人民银行令［2010］第2号）以及《非金融机构支付服务管理办法实施细则》（中国人民银行公告［2010］第17号）的规定，2011年5月从银监会取得了第三方支付牌照。同时，2012年5月取得了基金第三方支付牌照，现在的依据是《证券投资基金销售机构通过第三方电子商务平台开展业务管理暂行规定》（证监会公告［2013］18号）。其第二条规定："本规定所称第三方电子商务平台，是指在通过互联网开展的基金销售活动中，为基金投资人和基金销售机构之间的基金交易活动提供辅助服务的信息系统。"第三条规定："基金交易账户开户、宣传推介、基金份额的申购（认购）和赎回、相关投资顾问咨询和投诉处理等基金销售服务应当由基金销售机构提供。第三方电子商务平台可以为基金销售机构开展基金销售业务提供辅助服务。第三方电子商务平台自行开展基金销售业务的，其经营者应当取得基金销售业务资格。"从前述规定可以看出，余额宝本身实际提供的是一个基金销售业务的辅助服务。上述交易架构存在如下法律关系：

第一，用户与第三方支付平台提供商签署《余额宝服务协议》，该协议规定："余额宝服务：指本公司为投资者提供的可以通过本公司系统与合作金融机构（包括但不限于保险公司、银行、基金公司、证券公司，下同）系统相连，通过合作金融机构系统在本公司的网上直销自助前台系统进行相关理财产品（包括但不限于保险、基金、股票、债券等，下同）交易资金的划转及在线进行理财产品交易、信息查询等服务。"从签署规定可以看出，用户与第三方支付平台提供商之间实质是一个服务合同法律关系。即，余额宝为用户提供技术信息服务、理财信息服务。

第二，用户（"余额宝"账户）与货币市场等基金之间属于理财产品的购买和销售的交易。由于"余额宝"的收益不是利息，而是货币基金的收益，尽管货币基金的风险很低，但还是要比法定付息的存款风险要高。这属于不保本浮动收益的理财产品类型，因此用户（投资人）与货币市场基金之间属于信托法律关系。

第三，第三方支付平台提供商与货币市场基金之间签订服务协议，属于为后者销售基金提供辅助服务，属于服务合同法律关系。

3. 货币市场基金的概念及投资金融工具

根据《货币市场基金管理暂行规定》（证监发［2004］第78号）第二条的规定："本规定所称货币市场基金是指仅投资于货币市场工具的基金。"第三条

规定："货币市场基金应当投资于以下金融工具：（一）现金；（二）一年以内（含一年）的银行定期存款、大额存单；（三）剩余期限在三百九十七天以内（含三百九十七天）的债券；（四）期限在一年以内（含一年）的债券回购；（五）期限在一年以内（含一年）的中央银行票据；（六）中国证监会、中国人民银行认可的其他具有良好流动性的货币市场工具。"第四条规定："货币市场基金不得投资于以下金融工具：（一）股票；（二）可转换债券；（三）剩余期限超过三百九十七天的债券；（四）信用等级在AAA级以下的企业债券；（五）中国证监会、中国人民银行禁止投资的其他金融工具。"

（二）"余额宝"等货币市场基金的税务问题

通过上述"余额宝"交易架构和法律关系的分析，由于支付宝和余额宝都不收取手续费，在此仅对投资者的税务处理进行分析：

1. 投资者的所得税问题

根据《财政部、国家税务总局关于开放式证券投资基金有关税收问题的通知》（财税字［2002］128号）第二条"关于所得税问题"的规定："……2. 对个人投资者申购和赎回基金单位取得的差价收入，在对个人买卖股票的差价收入未恢复征收个人所得税以前，暂不征收个人所得税；对企业投资者申购和赎回基金单位取得的差价收入，应并入企业的应纳税所得额，征收企业所得税。3. 对基金取得的股票的股息、红利收入，债券的利息收入、储蓄存款利息收入，由上市公司、发行债券的企业和银行在向基金支付上述收入时代扣代缴20%的个人所得税；对投资者（包括个人和机构投资者）从基金分配中取得的收入，暂不征收个人所得税和企业所得税。"

2. 投资者的增值税问题

根据36号文附件3《营改增试点过渡政策规定》第一条第（二十二）项第5目的规定，个人从事金融商品转让业务免征增值税。

3. 投资者的印花税问题

根据财税字［2002］128号第三条"关于营业税问题"第2点的规定："对投资者申购和赎回基金单位，暂不征收印花税。"

对于货币市场基金的有关税务问题，请读者参阅本书"专题37：证券投资基金的税务问题"，不再赘述。

专题49：融资融券业务的财税问题

内容概览

在世界各国资本市场中，几乎所有的证券市场都建立了融资融券交易和股指期货交易规则。有关资料显示，融资融券交易量占证券交易总量的比重为20%～30%左右。我国资本市场于2008年10月启动了融资融券试点业务，并于2010年10月正式启动了融资融券业务。但是，对于融资融券业务，特别是其中的融券业务的税收处理则并不明确。本专题包含如下内容：

■ 融资融券业务的概念、主要特点及业务模式

■ 融资融券业务的会计处理

■ 融资融券业务的税务处理

一、融资融券业务的概念、主要特点及业务模式

（一）融资融券业务的概念

《证券公司监督管理条例》（2014年修订，国务院令第653号）第四十八条规定："本条例所称融资融券业务，是指在证券交易所或者国务院批准的其他证券交易场所进行的证券交易中，证券公司向客户出借资金供其买入证券或者出借证券供其卖出，并由客户交存相应担保物的经营活动。"同时，《证券公司融资融券业务管理办法》（证监会令第117号，自2015年7月1日起施行）第二条第二款规定："本办法所称融资融券业务，是指向客户出借资金供其买入证券或者出借证券供其卖出，并收取担保物的经营活动。"因融资融券业务产生的交易被称为融资融券交易。在融资交易中，客户从证券公司借入资金购买证券，到期归还资金并支付利息；在融券交易中，客户从证券公司借入证券卖出，到期归还证券并支付利息。广义的融资融券交易通常还包括证券公司从证券金融公司、银行和非银行金融机构融得资金和证券的转融通业务。

（二）融资融券业务的主要特点

融资融券业务兼具资金融通业务和证券交易业务的特点。其与普通证券交

易相比，主要有以下几点区别：

1. 从事融资融券交易，投资者预测证券价格将要上涨而手头没有足够的资金时，可以向证券公司借入资金买入证券，预测证券价格将要下跌而手头没有证券时，可以向证券公司借入证券卖出；而投资者从事普通证券交易，买入证券时，首先要有足额资金，卖出证券时，必须有足额证券；

2. 与普通证券交易相比，投资者可以通过向证券公司融资融券，扩大交易筹码，具有一定的财务杠杆效应，通过这种财务杠杆效应来获取收益；

3. 从事融资融券交易，与证券公司不仅存在委托买卖关系，还存在资金或证券的借贷或借用关系，因此还要事先以现金或证券的形式向证券公司交付一定比例的保证金，并将融资买入的证券和融资卖出的所得资金交付证券公司，作为担保物；投资者从事普通证券交易，与证券公司只存在委托买卖关系；

4. 从事融资融券交易时，如不能按时、足额偿还资金或证券，还会给证券公司带来风险，所以投资者只能在与证券公司约定的范围内买卖证券；投资者从事普通证券交易时，风险完全由其自行承担，可以买卖所有在证券交易所上市交易的证券。

因此，在融资融券业务中，“融资”和“融券”都是站在投资者角度而言的，证券公司是借出方（即“贷方”），投资者是借入方（即“借方”）。融资交易与一般借贷交易的区别在于，客户融得资金须以购买证券为前提；融券交易与一般借贷交易的区别在于，融券交易中的交易标的不是资金而是证券。一笔完整的融资融券业务通常既包括资金或证券的借贷业务及相关利息费用的收付，也包括委托代理证券买卖及相关佣金和手续费的收付。在融资融券业务中，证券公司同时为客户提供融资融券服务和证券经纪业务。

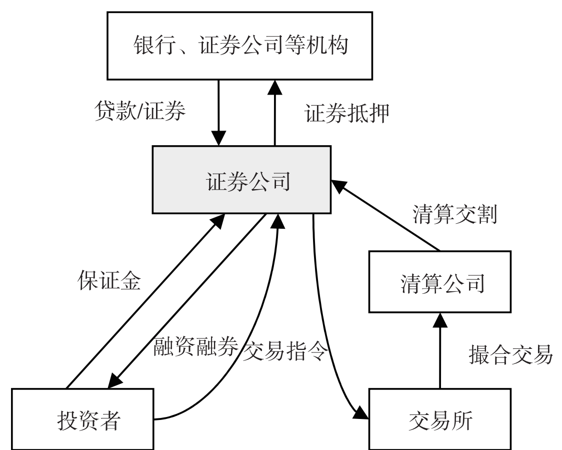
（三）融资融券业务的模式

目前，境外市场的融资融券业务主要有分散授信和集中授信两种业务模式。

1. 分散授信模式

分散授信是指没有制度化的集中授信机构，对投资者的融资融券，由大量的、分散的金融机构（如证券公司）办理，授信机构资金不足时，可向商业银行等金融机构拆借；证券不足时，可向其他投资者借入的模式。分散授信模式以美国为典型代表。笔者将分散授信模式总结如下图 49－1：

图 49 - 1：美国融资融券模式——分散授信模式



2. 集中授信模式

集中授信是指由一个或多个专业化的，甚至带有一定垄断性的证券金融公司对证券公司提供证券和资金的转融通，或由其直接对投资者提供信用的模式。

按照证券金融公司、证券公司以及投资者三者之间的关系，集中授信模式又可分为单轨制和双轨制。单轨制模式是指证券金融公司只负责对证券公司的转融通，由证券公司负责对投资者融资融券的模式。双轨制模式是指证券金融公司既可对证券公司进行转融通，也可直接对投资者进行融资融券的模式。其中的代表：日本、我国台湾地区、韩国。笔者将单轨制和双轨制的模式总结如下图 49 - 2 和图 49 - 3：

图 49 - 2：日本融资融券模式——单轨制的集中授信模式

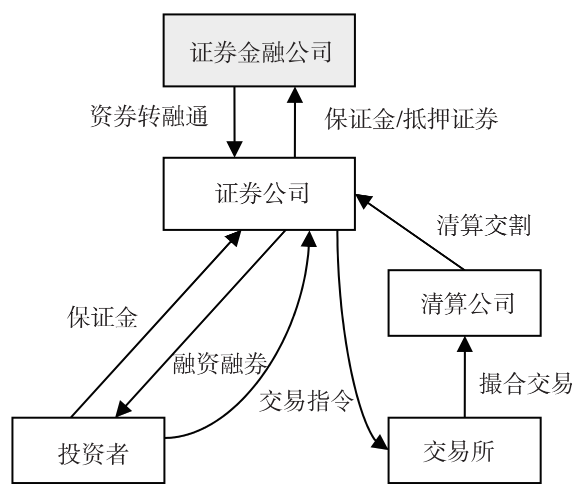
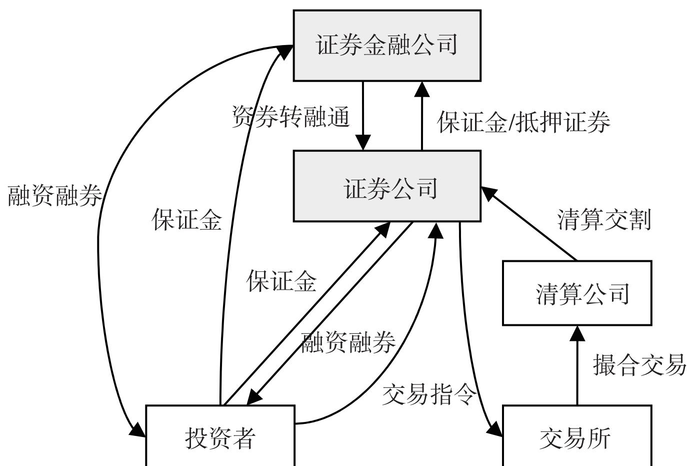


图 49－3：台湾融资融券模式——双轨制的集中授信模式



上述两种模式各具特色，各有利弊。分散授信模式的市场化程度高、竞争性强、操作简单，但政府监控较难，对证券公司等参与主体的风险控制能力要求较高；集中授信模式则有利于隔离货币市场和资本市场的风险，方便政府监管，但操作较为复杂。

2011 年 10 月，中国证监会批准成立了中国证券金融公司（下称“证金公司”）。2012 年，证监会正式启动转融通业务试点，现在已经转入常规。目前，几乎所有国内的证券公司都可以开展融资融券业务，标的证券也经历了几次扩容。根据《中国证券金融股份有限公司转融通业务规则（试行）》第二条的规定：“转融通业务包括转融资业务和转融券业务。转融资业务是指中国证券金融股份有限公司（以下简称本公司）将自有或者依法筹集的资金出借给证券公司，供其办理融资业务的经营活动。转融券业务是指本公司将自有或者融入的证券出借给证券公司，供其办理融券业务的经营活动。”因此，我们目前的融资融券模式属于日本融资融券模式——单轨制。

二、融资融券业务的会计处理

融资融券业务既具有普通证券交易的特征，也具有信贷交易的特征，而且融券交易中的借贷标的不是普通资金而是证券，属于金融创新。但是，对融资融券业务的经济实质进行分析不难发现，融资业务其实是资金借贷业务和证券经纪业务的组合；融券业务其实是证券借贷业务和证券经纪业务的组合。

我国的融资融券业务的会计处理原则在金融工具相关会计准则中均有相应

规定，现将涉及的主要业务适用现行会计准则情况分述如下：《企业会计准则解释第 4 号》（财会［2010］15 号）第九条“企业发生的融资融券业务，应当执行何种会计标准?”规定：“……关于融资业务，证券公司及其客户均应当按照《企业会计准则第 22 号——金融工具确认和计量》有关规定进行会计处理。证券公司融出的资金，应当确认应收债权，并确认相应利息收入；客户融入的资金，应当确认应付债务，并确认相应利息费用。关于融券业务，证券公司融出的证券，按照《企业会计准则第 23 号——金融资产转移》有关规定，不应终止确认该证券，但应确认相应利息收入；客户融入的证券，应当按照《企业会计准则第 22 号——金融工具确认和计量》有关规定进行会计处理，并确认相应利息费用。证券公司对客户融资融券并代客户买卖证券时，应当作为证券经纪业务进行会计处理。证券公司及其客户发生的融资融券业务，应当按照《企业会计准则第 37 号——金融工具列报》有关规定披露相关会计信息。”

（一）融资业务的会计处理原则

在融资业务中，证券公司将资金借给客户，形成一项应收客户的债权，这与商业银行的贷款业务并无本质区别。因此，证券公司应当按照《企业会计准则第 22 号——金融工具确认和计量》的规定进行会计处理，利息收入计入“利息收入——融资利息收入”。证券公司在将资金借给客户，代客户买卖证券时，应当作为证券经纪业务进行会计处理，计入“手续费及佣金收入”科目。

（二）融券业务的会计处理原则

客户融券卖出的，应当以买券还券或者直接还券的方式偿还向证券公司融入的证券；客户融入证券后、归还证券前，证券发行人分配投资收益、向证券持有人配售或者无偿派发证券、发行证券持有人有优先认购权证券的，客户应当按照融资融券合同的约定，在偿还债务时，向证券公司支付与所融入证券可得利益相等的证券或者资金。证券公司应于除权日确认融出证券投资收益；在融券业务中，证券公司将自身持有的证券借给客户，约定期限和利率，到期客户需归还相同数量的同种证券，不应终止确认该证券，但应确认相应利息收入。证券公司在融券业务期间，代客户买卖证券时，应当作为证券经纪业务进行会计处理。

（三）担保物及其处置的会计处理原则

客户申请融资融券时，需交纳一定比例的保证金；在融资融券期间，客户需要根据标的证券的价格波动及时弥补担保物，以维持一定的担保比例。根据

《证券公司融资融券业务管理办法》的规定，用作担保的资金和证券分别计入“客户信用交易担保资金”账户和“客户信用交易担保证券”账户；除结算、收取应归还的资金或债券以及违约处置担保物等情形外，任何人不能动用这两个账户。

根据《证券公司融资融券业务管理办法》的规定，如果未发生例外情形，证券公司无权处置担保物，与担保资金和担保证券有关的风险和报酬也未转移给证券公司，证券公司不应当确认相关的资产和负债。但是，如果客户到期无法偿还所借资金或证券，证券公司有权处置担保物（担保物的处置以偿还借出资金和证券及相关利息、佣金和手续费用为限），因此，应当按照《企业会计准则第 23 号——金融资产转移》有关规定进行会计处理。

三、融资融券业务的税务处理

如前所述，融资业务实质是资金借贷业务和证券经纪业务的组合，融券业务实质是证券借贷业务和证券经纪业务的组合。对于前者，我国税法的现有规定就可以解决其交易的税务问题，但对于后者，特别是证券借贷业务，则没有明确规定，存在一些税务处理上的争议。分述如下：

（一）融资业务的税务处理

就融资业务中的资金借贷业务，对于证券公司，根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》第一条第（五）项“金融服务”第 1 目“贷款服务”的规定，融资收取的利息收入应按照“贷款”税目征收增值税。同时，根据《企业所得税法》的规定，利息收入应并入当期应纳税所得额缴纳企业所得税；对于客户，其支付的利息，应根据《企业所得税法》及其相关规定，计算确定可以税前扣除的利息支出，读者可以参见本书“专题 6：公司借款、关联借款及‘统借统还’的税务问题”的有关内容，不再赘述。

就融资业务中的证券经纪业务，对于证券公司，根据 36 号文附件 1《营改增试点实施办法》第一条第（五）项“金融服务”第 2 目“直接收费金融服务”的规定，证券公司因代客户买卖证券而收取的佣金或手续费收入应按照“直接收费金融服务”税目征收增值税。同时，根据《企业所得税法》的规定，利息收入应并入当期应纳税所得额缴纳企业所得税。对于客户，则属于买卖证券业务，根据 36 号文第一条第（五）项“金融服务”第 5 目“金融商品转让”的规定，纳税人从事有价证券买卖业务应征收增值税（符合免税政策的除外）。类似地，亦应并入当期应纳税所得额缴纳企业所得税。

（二）融券业务的税务处理

由于对融券业务中的融券交易的法律性质的界定模糊，我国税法并未对这一新的金融业务的税务处理作出明确规定。实践中，税务处理存在如下主要争议：

1. 融券行为的法律性质

我们讲，证券公司开展的融券业务与以往的证券“卖出回购”业务并不相同。“卖出回购”业务是指证券公司根据与客户签订的协议或合同规定，先向客户卖出证券，待协议到期后，再以协议规定的买入价格将证券买回。以卖出价与买入价的价差支出为代价，获得资金的使用权。尽管从经济实质上看，由于是低出高进，因此产生了一定的负差。卖出回购业务在一定程度上被理解为抵押借款行为。营改增前，在实践中，部分地方税务机关按照法律形式视其为买卖证券业务按照“金融商品转让”征收营业税。譬如，《广东省地方税务局关于证券部门从事证券回购业务征收营业税问题的批复》（粤地税函［1997］195号）规定：“据了解，证券回购业务是指交易一方（卖方），在卖出证券给另一方（买方）的同时，买卖双方约定在将来某一指定日期以双方约定价格，由卖方向买方买回相等数量的同品种证券的交易，实质是证券买卖业务。因此，广东证券公司河源营业处从事证券回购买卖业务，所取得的收入，应按‘金融商品转让’缴纳营业税。对金融企业之间的证券业务是否征收营业税问题，经请示，国家税务总局答复，金融企业之间的证券买卖业务（包括证券回购业务），不属于金融机构往来业务不征税范围，应按‘金融商品转让’征收营业税。”但对于融券业务，证券公司在交易中并不需要按照证券当前市场价格卖给融券方，也不需要将来按照市价回购证券。由于证券公司并非是直接卖出证券，而是将证券借与投资者，双方之间建立起财产借用关系，虽然现行政策法规并未明确融券交易合同的法律属性，但理论界一般将融券交易定性为借贷合同，双方形成以证券为标的的借贷法律关系，从而证券的交付发生证券使用权的让渡。鉴于在融券交易中仅发生证券使用权的交易，因此不属于证券买卖行为。但融券交易之特殊之处在于，如果是证券的借贷关系，融券方并未取得证券法律上的所有权，但在实际操作中，融券方取得证券后，可以不受限制地占有、使用、收益、处分该证券，并且往往短时间内就将其转让给证券市场上的第三方，如果说融券方并未取得证券的所有权，显然并不符合交易的实际情况。因此，有观点认为，在融券交易中，出借方向融券方交付标的证券后，融券方即取得该证券的所有权。目前各国对于上述所有权转移是否属于应税行为的立法态度也各不相同。譬如，比利时与新西兰持征税态度，德国将之视为消费借贷，即不

认为属于证券资产转让所得；英国、美国等其他国家认为该交付行为不具有税法意义上的处分，也无纳税义务的发生。

从我国法律理论界的主流观点来看，融券过程中，证券公司按照约定将有价证券借与投资人，投资人负有到期归还相同数量的证券及支付费用的义务。双方之间形成以证券为标的的借贷法律关系。从此意义上讲，证券与货币具有一定的相似性，均代表相同类别与价值的财产，具有高度的可替代性。例如《证券公司融资融券业务管理办法》第十三条规定："证券公司在向客户融资、融券前，应当与其签订载入中国证券业协会规定的必备条款的融资融券合同，明确约定下列事项：（一）融资、融券的额度、期限、利率（费率）、利息（费用）的计算方式；……"该规定实质上是将融券费用与利息在性质上作等同对待。因此，笔者认为，鉴于交易的经济实质，税法上可将证券公司与客户之间的融券交易视为资金借贷关系处理，而不应视为证券的买卖行为处理。

2. 融券费用（利息）的税务处理

如前所属，在会计处理上，证券公司将取得的融券费用或利息视为利息收入处理，因此，在营改增之后，根据36号文附件1《营改增试点实施办法》第一条第（五）项"金融服务"第1目"贷款服务"的规定，融券收取的利息收入应按照"贷款"税目征收增值税。同时，对于客户支付的融券费用，证券公司作为利息收入处理，客户则作为利息支出处理并依据《企业所得税法》及其实施条例的规定予以税前扣除。

3. 被融证券出售所得的税务处理

对于融券方融入证券后出售的，由于该等证券系在证券公司借入的，并没有支付对价，因此无法在出售时确定证券的计税基础（成本），就无法计算出售所得。由于最终融券方需要按照合同约定归还同等数量的证券，故笔者认为，在融券方出售所融证券时暂不确认出售所得，待其购买证券归还证券公司时以其购买价格作为计税基础（成本）计算确认所得并缴纳所得税。如果，融券方同时还持有原已购入的一定数量的同类别证券的，由于同类证券并不具有可辨识性，因此归还证券公司的证券将无法区分归还的特定证券，这个时候税法上可以采用平均法或加权平均法来确定计税基础（成本）。

第八篇　国际资本税收业务

本篇综述

随着全球经济的一体化，国际间资本流动越来越频繁，包括各种跨境投资、并购重组、国际贸易等。各国税法如何应对这种新形态也是一种挑战。

在本书第二篇“企业并购重组”中对跨境并购重组、非居民纳税人转让境内居民企业股权的税务问题、第三篇“企业利润分配”中对境外投资者股息分配的所得税问题、第五篇“合伙与信托”中对境外PE以及离案信托的税收问题以及第六篇“资本交易特殊业务”中对QFII、RQFII及沪港通税务问题以及“红筹架构拆除”的所得税问题等进行了介绍。

在本篇，笔者将对国际资本税收业务不可避免的一些问题进行专题介绍。主要包括跨境投资、并购重组以及股息分配等业务涉及的税收协定的适用问题(税收协定的结构、与资本交易相关条款及其实践、常设机构及其实践、受益所有人及其实践)、受控外国公司税制以及外国税收抵免制度等问题。

专题 50：税收协定的结构、与资本交易相关条款解释与实践

内容概览

对于跨境投资、并购重组以及股息分配等业务，绕不开的环节是税收协定的适用问题。对于一个资本律师而言，熟悉税收协定的框架结构及与资本交易相关的条款的应用是从事国际资本交易业务必备的知识。本专题包含如下内容：

■ 税收协定的涵义、目的和作用

■ 税收协定的框架结构——以中英税收协定为例

■ 税收协定与资本交易相关条款的解释与实践

一、税收协定的涵义、目的和作用

概括地讲，税收协定（Tax Treaty or Convention），又称国际税收协定或国际税收条约，是指两个或两个以上主权国家，为了协调相互之间的税收管辖关系和处理有关税务问题，通过谈判缔结的书面协议。

税收协定最主要的目的是为了避免或消除重复征税。这种重复征税是不同国家对同一个纳税人的同一笔所得根据各自国内法规定的税收管辖权所征收的税收，因此被称为法律性重复征税，在税收协定中被习惯性称为双重征税。与之相对应的是经济性重复征税，即是对相同来源的不同纳税人的不同所得的征税。解决经济性重复征税问题，通常不是税收协定的宗旨所在。但也并非全无涉及，比如在股息条款两档限制税率中更优惠税率的设定，消除双重征税条款中的间接抵免规定，都体现了试图减少或消除经济性重复征税的努力。

税收协定的初始目的是为了避免国家间的双重征税。但后来，随着跨国经济交往的日益紧密，以及跨国公司的产生和发展壮大，各国税务主管当局意识到有必要通过法律的形式加强合作，共同应对跨国公司的逃税行为，于是在税收协定中增加了一些条款来实现这种合作，典型的包括信息（也称情报）交换条款和税收征收协助条款。这样，税收协定的目的中就同时体现了第二个目的，

即防止逃税（习惯性表述为偷漏税）。

税收协定的作用与目的是一体的，即通过避免双重征税促进经济交往，通过加强税务主管当局之间的合作防止逃税。最后，税收协定还发挥了另一个重要的作用（或称为副作用），就是为跨国纳税人避税提供了可能。为了避免双重征税，税收协定对税收管辖权进行了划分，包括分享和独享税收管辖权，还设定了在来源国征税的限制税率，这些可以被称为税收协定的优惠待遇。为了追求利润最大化，跨国公司会综合利用国内法和税收协定的规定，以合法的形式达到避税目的，在来源国和居民国都不纳税，实现双重免税。这对正常的国际税收管理秩序无疑是严重的冲击，对各国税务主管当局构成了挑战。

二、税收协定的框架结构

税收协定的国际规范主要体现在两个范本上，即经济合作与发展组织（Organization for Economic Co－operation and Development，“OECD”）发布的版本（下称“OECD 范本”）和联合国发布的范本（下称“UN 范本”）。这两个范本在提供了条款内容大体相同的两个税收协定范例外，还对各条款内容以注释的形式做出了解释和说明，体现了一定程度上和范围内的国际共识，也称国际惯例。由于 OECD 范本注释的内容为 UN 范本所广泛引用，所以相比较来说，前者在国际上的影响力更大。我国对外签订的税收协定基本采用了 OECD 范本，但某些条款方面又借鉴了 UN 范本。

在税收协定中，通常只有条款，没有章节，但是根据两个国际税收协定范本，一般可以把税收协定分为如下表 50－1 所列示的几部分内容（主要以中英双边税收协定为主，其他协定或安排为辅）：

表 50－1：税收协定的框架结构

范围	条款	主要内容
第 1 部分：适用范围	第 1 条 人的范围	该条规定协定适用于缔约国一方或者同时为缔约国双方居民的人
	第 2 条 税种范围	该条一般规定适用于所得税和财产收益税
第 2 部分：定义	第 3 条 一般定义	在一般定义中，对一些基础性的、常见的概念进行了解释、说明或界定。主要包括：缔约国、人、公司、缔约国（另）一方企业、主管当局、国际运输、国民等
	第 4 条 居民	该条对缔约国一方居民进行定义，并对其同时为缔约国双方居民的界定规则进行了明确

续 表

	第 5 条 常设机构	该条对常设机构进行定义，并对常设机构包括的类型、除外情形以及代理人、独立代理人等规则进行了明确
第 3 部分：对所得的征税（主体部分，包括 15 条）	第 6 条 不动产所得	本条明确了不动产所得征税权划分的原则，不动产所得首先由其来源国，即不动产坐落地国家行使征税权
	第 7 条 营业利润	该条对企业从事跨国经营产生的利润如何在国家间划分征税权，做出了原则规定，即常设机构原则。另外，还进一步对常设机构的利润归属和计算做出了规范
	第 8 条 海运和空运	我国签订的大多数税收协定中，国际运输所得均采用居民国独占征税权原则，或者总机构或实际管理机构所在国独占征税权原则，仅有少数协定给予来源国部分征税权
	第 9 条 关联企业	首先明确了构成关联企业的情况。由于这种关系的存在，其中一个企业取得的利润不同于与其他没有关联关系的企业进行交易所应取得的利润，则税务机关有权对其利润进行调整。这是在国际法层面对转让定价调整的规定，至于如何进行调整，协定未做进一步规定，通常由国内法解决
	第 10 条 股息	首先将股息的征税权赋予居民国，允许居民国对其居民取得的股息征税。利息和特许权使用费条款亦有相同规定。允许来源国对其居民支付的股息进行征税，但规定了限制税率，即来源国征税税率的上限，有些协定设置一档税率（大多数为 10%），有些设置两档税率，即直接持股 25% 及以上的缔约国对方的居民，其在来源国取得股息时，来源国征税税率不能超过 5%，其他情况下（即持股少于 25%）为 10%。
	第 11 条 利息	类似于股息条款（不再赘述）
	第 12 条 特许权使用费	本条规定中，与股息和利息条款类似的不再赘述，仅有第三款对特许权使用费的定义是本条特有的条款
	第 13 条 财产收益	不动产坐落地国家，即来源国拥有对转让不动产取得所得的优先征税权。转让常设机构的营业财产或从事独立个人劳务的固定基地的财产，不论是单独转让还是随同整个机构或基地一同转让，常设机构或固定基地的所在国都可以优先征税。转让从事国际运输的船舶或飞机，或转让经营上述船舶或飞机的动产所取得的收益，仅由转让者的居民国征税；如果缔约国一方居民转让某公司的股份，无论该公司是否为缔约国双方的居民企业，只要该公司股份价值的 50% 以上（不含 50%）直接或间接

续　表

		由位于缔约国另一方的不动产构成，则缔约国一方居民转让该公司股份取得的收益，缔约国另一方（即不动产坐落地国家）拥有优先征税权。如果缔约国一方居民转让其在缔约国另一方公司所持有的股份，且在转让行为发生前的12个月内曾直接或间接参与该公司至少25%的资本，则缔约国另一方，即来源国，可以对转让股份所得征税
	第14条 独立个人劳务	个人以独立身份跨国从事专业性劳务或者其他独立性活动取得的所得，一般情况下仅由其居民国征税。但是，如果符合以下两个条件之一，来源国对该项所得具有优先征税权：一是独立个人劳务提供者在来源国设立了经常使用的固定基地；二是独立个人劳务提供者任何12个月内在来源国停留连续或累计达到或超过183天
	第15条 受雇所得	个人以受雇身份从事劳务所得的一般征税原则，即应在该个人从事受雇活动的所在国征税，也就是国际通行的劳务发生地征税原则。一般征税原则的例外情况，即在同时满足三个条件的情况下，受雇劳务活动的发生国（即来源国）对个人受雇所得没有征税权，而应仅由个人的居民国征税。这三个条件为：在受雇劳务发生国连续或累计停留不超过183天；报酬不是由具有来源国居民身份的雇主或代表该雇主支付的；报酬不是由雇主设在来源国的常设机构或固定基地负担的
	第16条 董事费	董事成员取得的董事费和其他类似款项由其所任职公司的居民国优先征税。这不同于"受雇所得"由劳务发生地国家征税的一般原则
	第17条 演艺人员和运动员	演艺人员或运动员跨国从事个人活动，其取得的报酬由从事活动所在国征税，不论其在该国停留多长时间
	第18条 退休金	明确了对跨境工作人员退休金进行征税的一般原则，即由取得退休金或其他类似报酬的个人在其居民国纳税，支付所得的来源国没有征税权；由退休金支付国即来源国独享征税权的特殊规定：由一国政府或其地方当局按社会保险制度的公共福利计划支付的退休金和其他类似款项，无论支付时取得退休金的个人在何处居住，应仅在退休金支付国征税
	第19条 政府服务	本条适用于为政府提供受雇服务所取得的工资、薪金和其他类似报酬以及退休金。政府服务条款是非独立个人劳务（受雇所得）的特殊条款，而政府服务条款中涉及政府

续 表

		支付退休金的内容又构成了退休金条款的特殊规定，优先于退休金条款执行。向政府部门提供服务的个人取得的退休金以外的薪金、工资和其他类似报酬，应仅在支付国（即所得来源国）征税；如果政府部门或者从其建立的基金中对向其提供服务的个人支付的退休金，应仅由支付国征税
	第 20 条 学生	本条规定，学生或企业学徒到另一国接受教育或培训，其为维持生活、教育或培训取得的所得在满足以下三个条件的情况下，在其接受教育或培训所在国可享受免税待遇：一是该学生或企业学徒在到达缔约国另一方之前是缔约国一方的居民；二是免予征税的所得，通常限制在学生或企业学徒为了维持生存、接受教育或培训的目的而收到的款项，通常不包括第十四条（独立个人劳务）和第十五条（受雇所得）所涵盖的服务报酬。如果学生或企业学徒有工作收入，则应区分服务报酬和为维持生活、教育或培训所获得的款项；三是其取得的所得是从教育或培训所在国境外收到的款项
	第 21 条 其他所得	本条是税收协定中的兜底条款，适用于未列入前述各项条款的所得。本条首先明确了该类所得的一般征税原则，即居民国独享征税权。另外在第二款还规定，与常设机构有实际联系的其他所得应并入常设机构的利润，由常设机构所在国征税
第 4 部分：消除双重征税	第 22 条 消除双重征税方法	该条是对税收协定主要目的的体现，通常是各国将国内法关于境外所得抵免或免税的规定在此做出说明和承诺，有时也会有超出国内法规定的情形存在
第 5 部分：特别规定	第 23 条 其他规则	该条是对国内法反避税规则的适用的规定
	第 24 条 非歧视待遇	非歧视待遇包括四个方面的内容，即国籍非歧视、常设机构非歧视、支付非歧视和资本非歧视
	第 25 条 相互协商程序	为了解决税收协定理解或解释上的问题，防止或纠正违反税收协定规定的征税措施，确保税收协定执行的有效性和一致性，切实避免重复征税，税收协定中规定了解决这些问题的国际协调机制，即相互协商程序条款
	第 26 条 信息交换	信息交换（也称情报交换）的目的是为了加强缔约国双方主管当局之间在税收征管方面的合作，共同应对跨国纳税人逃避税收的行为

续　表

	第 27 条 外交代表和领事官员	外交代表和领事官员条款可以视为政府服务条款的特殊规定，目的是确保外交代表和领事官员在驻在国的税收特权。该条款表述中提到的国际法一般原则和特别协定通常指的是《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》，这两个国际法文件中规定了外交和领事人员的税收特权
第 6 部分：最后规定	第 28 条 生效	生效条款通常规定两方面的内容，即生效的程序性规定和协定适用于所得或税收的时间，有的分为两款，有的在一款中同时表述
	第 29 条 终止	终止条款与生效条款类似，通常规定经外交渠道正式通知，可以终止协定，从而使协定失去效力。协定失效的时间表述与生效条款相同

上表列示了我国签订的税收协定的框架结构和正式条款。除此之外，税收协定还包括尾款。主要内容包括：声明签字代表已经取得各自政府授权（以昭信守）；协定印制的份数（因税收协定为双边协定，所以通常为两份）；协定有几种语言的文本（通常包括双方各自的官方语言以及第三方语言，且第三方语言通常为英语，因为双方代表团谈判时一般以英语为工作语言）；各种语言文本的效力（通常规定同等效力，但在遇有歧义时，以英文文本为准，但与英语国家的协定除外）。

需要指出的是，除了上述常规条款之外，我国谈签的一些税收协定中还包括利益限制、其他规则和税款征收协助条款。前两个条款是为了防止协定滥用或避税的规定，如果对方国家的税制过于优惠，或者谈判一方或双方认为协定某些条款设定的限制税率很低，或较多地限制了一方的征税权，双方通常会希望增加利益限制和其他规则条款，以限制不适当的人获得本不应该得到的协定利益，或允许缔约国双方主管当局适用国内法关于反避税的规定，从而拒绝给予跨国纳税人相应的协定待遇。税款征收协助条款代表了缔约国主管当局之间加强合作的需要和趋势，内容主要是互相提供协助，代为征收税款。考虑到我国的税收征管水平，我国在税收协定谈判中通常不采用该条款，个别包括该条款的税收协定，也主要体现为一种意愿和姿态。

三、税收协定与资本交易有关条款的解释与实践

应该讲，税收协定本身并没有所谓的“与资本交易有关条款”的说法，这

是笔者从资本交易律师业务的角度更需要关注的一些条款而进行的界定。主要包括：不动产所得、常设机构及营业利润、股息（利息、特许权使用费）以及财产收益等条款。下面笔者将主要以中国—英国税收协定为蓝本来对这些条款进行介绍。

（一）不动产所得

税收协定“不动产所得”条款确定的不动产所得征税权划分的原则是，不动产所得首先由其来源国，即不动产坐落地国家行使征税权。譬如，中国—英国税收协定第六条第一款规定：“缔约国一方居民从位于缔约国另一方的不动产取得的所得（包括农业或林业所得），可以在该缔约国另一方征税。”居民国在对本国居民从来源国取得的不动产所得进行征税时，应考虑其就该项所得在来源国的纳税情况。

协定本身并没有对不动产进行明确定义，而是将定义不动产的权利赋予缔约国各自的国内法。譬如，中国—英国税收协定第六条第一款规定：“‘不动产’一语应当具有财产所在地的缔约国一方的法律所规定的含义。”那么，不动产在中国的法律定义是什么呢？中国的税法并未对不动产作出定义，同时，《民法通则》也没有对不动产作出定义，但《中华人民共和国担保法》对不动产的定义为“不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物”，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第一百八十六条对不动产进行了司法解释，“土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产”。同时，2012 年 12 月 31 日，国家税务总局发布《国家税务总局关于税收协定中财产收益条款有关问题的公告》（国家税务总局公告 2012 年第 59 号），其第一条对不动产的范围进行了明确，可以参照适用。该条规定：“‘中新税收协定’第十三条第四款，以及国税发［2010］75 号所附的《〈中华人民共和国政府和新加坡共和国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定〉及议定书条文解释》（以下称‘国税发［2010］75 号所附条文解释’）所述的不动产，均应包括各种营业用或非营业用房屋等建筑物和土地使用权，以及附属于不动产的财产。”一般地，税收协定该款还列举了不动产定义中必须包括的内容，即使缔约国一方的法律没有包括其中某项内容，在适用协定时也必须将其涵盖进去。“不动产”在任何情况下“应包括附属于不动产的财产，农业和林业所使用的牲畜和设备，有关地产的一般法律规定所适用的权利，不动产的用益权以及由于开采或有权开采矿藏、水源和其他自然资源取得的不固定或固定收入的权利。船舶和飞机不应被视为不动产”。从前述规定来看，税

收协定所采用的不动产的定义要比中国国内法律对不动产定义范围更为宽泛。

同时，第六条第三款还规定，不动产所得指的是因使用不动产而产生的所得，包括直接使用、出租或者任何其他形式的使用。需要注意的是，在此时，不动产的所有权并没有发生转移，因不动产所有权发生转移而产生的所得属于财产收益，不适用于本条规定。

最后，第六条第四款进一步明确，“第一款和第三款的规定也适用于企业的不动产所得和用于进行独立个人劳务的不动产所得”。即是说，在这两种情况下，该条的适用优先于营业利润和独立个人劳务条款，强调了来源国的优先征税权。

（二）常设机构及营业利润

常设机构是税收协定中一个非常重要的概念，它主要用于确定缔约国一方对缔约国另一方企业利润的征税权。例如，根据中英税收协定第七条“营业利润”第一款规定：“缔约国一方企业的利润应仅在该缔约国征税，但该企业通过设在缔约国另一方的常设机构在缔约国另一方进行营业的除外。”即是说，只有英国企业通过其设在中国的常设机构发生了经营活动，中国才有权对其营业利润征税，但仅以归属于该常设机构的利润为限。其背后的逻辑是常设机构所归属的企业因为深入参与了来源国的经济活动，因此来源国拥有对其征税的权利。常设机构范围确定的宽窄，直接关系居民国与来源国之间税收分配的多寡。

中英税收协定第五条第一款对“常设机构”的定义是，“企业进行全部或部分营业的固定营业场所”。因此常设机构必须首先是一个营业场所，它通常有三个特性，即固定性、持续性和经营性。鉴于其复杂性，笔者将在“专题51：常设机构的判定与实践”中对它进行详细介绍。

（三）股息（利息、特许权使用费）

1. 股息（利息、特许权使用费）的定义

税收协定一般都会对股息（利息、特许权使用费）进行明确的定义。譬如，中英税收协定第十条“股息”第四款对“股息”定义为：“本条‘股息’一语是指从股份或者非债权关系分享利润的其他权利取得的所得和来自其他公司权利的所得，以及按照分配利润的公司是其居民的缔约国一方法律，被视为股息或公司分配所得的任何其他所得。”从前述规定可以看出，股息即为公司所作的利润分配，不仅包括每年股东会议所决定的利润分配，也包括其他货币或具有货币价值的收益分配，如红股、红利、清算收入以及变相利润分配等。在判定

某项所得是否为股息时，主要考虑是否以股权或类似股权的权益参与为基础而派发的所得。有些跨国公司采用资本弱化的方法进行避税，即人为提高贷款比例，相应降低股本比重，从而增加利息的税前扣除，侵蚀股息的计税基础。这种情况下，来源国有权按照国内法防止资本弱化的规定，将利息视作股息处理。

中英税收协定第十一条“利息”第四款对“利息”定义为：“本条‘利息’一语是指从各种债权取得的所得，不论其有无抵押担保或者是否有权分享债务人的利润，特别是从公债、债券或者信用债券取得的所得，包括其溢价和奖金。由于延期支付而产生的罚款不应视为本条所规定的利息。该用语不包括根据本协定第十条规定应被视为股息的所得。”从前述规定可以看出，利息一般是指从各种债权取得的所得。“各种债权”应包括现金、货币形式的有价证券，以及政府公债、债券或者信用债券。对于与利息相关的其他所得是否属于利息的范畴，应根据其性质区别对待：（1）附属债券取得的所得，如发行债券的溢价和奖金构成利息，但债券持有者出售债券发生的盈亏不属于利息范畴（属于财产收益范畴）；（2）与贷款业务相关并附属于债权的所得可认定为利息，对独立发生于债权方以外的，如单独收取的担保费等，原则上不应认定为利息。需要注意的是，根据前面两个定义的规定，对于按照缔约国一方法律，视同股息分配的所得应视为“股息”而适用“股息”条款而不是“利息”条款。

中英税收协定第十二条“特许权使用费”第四款对“特许权使用费”定义为：“本条‘特许权使用费’一语是指：（一）为使用或有权使用文学、艺术或科学著作（包括电影影片、无线电或电视广播使用的胶片、磁带）的版权，任何专利、商标、设计或模型、图纸、秘密配方或秘密程序所支付的作为报酬的各种款项，或者为有关工业、商业、科学经验的信息（专有技术）所支付的作为报酬的各种款项；（二）为使用或有权使用工业、商业、科学设备所支付的作为报酬的各种款项。”从前述定义可以看出，特许权使用费一般包括三个方面的内容：

一是，因使用或有权使用专利、商标、版权类知识产权而支付的报酬，这些知识产权包括各种形式的文学、艺术、科技等方面的专利或版权，这些权利是否已经或者必须在规定的部门注册登记不是必要条件。此外还应注意，这一定义既包括在有许可的情况下支付的款项，也包括因侵权支付的赔偿款；

二是，为获得工业、商业、科学经验的信息而支付的报酬，这些信息通常指专有技术，一般是指进行某项产品的生产或加工所必需的、未曾公开的、具有专有技术性质的信息和资料；

三是，因使用或有权使用工业、商业、科学设备而支付的报酬，即设备租金。需要指出的是，并非所有协定中都有该项内容，但我国的协定政策比较明确，尽可能在谈判时争取将该类所得包括在特许权使用费的定义之内。

2. 股息（利息、特许权使用费）征税权的一般原则——居民国征税原则

税收协定确定的对股息的征税权原则是，将征税权赋予居民国，允许居民国对其居民取得的股息征税。利息和特许权使用费条款亦有相同规定。譬如，中英税收协定第十条“股息”第一款规定：“缔约国一方居民公司支付给缔约国另一方居民的股息，可以在该缔约国另一方征税。”类似地，第十一条“利息”第一款规定：“发生于缔约国一方而支付给缔约国另一方居民的利息，可以在该缔约国另一方征税。”第十二条“特许权使用费”第一款规定：“发生于缔约国一方而支付给缔约国另一方居民的特许权使用费，可以在缔约国另一方征税。”

3. 股息（利息、特许权使用费）征税权的例外原则——来源国有限制征税

前述一般征税权划分原则存在例外，即满足特定条件下，允许来源国对其居民支付的股息进行征税，但规定了限制税率，即来源国征税税率的上限。有些协定设置一档税率（大多数为 10%），有些协定设置两档税率，即直接或间接持股 25% 及以上的缔约国对方的居民，其在来源国取得股息时，来源国征税税率不得超过 5%，其他（即持股少于 25%）情况下为 10%。还有的协定专门针对据以支付股息的所得或收益由投资工具直接或间接从投资于不动产所取得，在该投资工具按年度分配大部分上述所得或收益，且其来自于上述不动产的所得或收益免税的情况下，不应超过股息总额的 15%。譬如，中英税收协定第十条“股息”条款将股息的限制税率划分为三档，即如果股息受益所有人是缔约国另一方居民，则所征税款：

“（一）在受益所有人是公司，并直接或间接拥有支付股息的公司至少 25% 资本的情况下，不应超过股息总额的 5%；

（二）如果据以支付股息的所得或收益由投资工具直接或间接从投资于第六条所规定的不动产所取得，在该投资工具按年度分配大部分上述所得或收益，且其来自于上述不动产的所得或收益免税的情况下，不应超过股息总额的 15%；

（三）在其他情况下，不应超过股息总额的 10%。”

类似地，对于利息和特许权使用费所得，也同样规定了限制税率。对于利息所得的限制税率一般是一档限制税率（大多数为 10%）；对于特许权使用费的限制税率一般是一档限制税率（大多数为 10%），有些协定也设置两档限制税率，即对于“使用工业、商业、科学设备所支付的租金”的实际限制税率降

至6%；其他的特许权使用费限制税率为10%。譬如，中英税收协定第十一条"利息"条款将限制税率设置为一档10%；第十二条"特许权使用费"将限制税率设置为两档10%和6%。有关规定如下：

第十一条第二款规定："然而，这些利息也可以在其发生的缔约国一方，按照该国的法律征税。但是，如果利息受益所有人是缔约国另一方居民，则所征税款不应超过利息总额的10%。缔约国双方主管当局应协商确定实施限制税率的方式。"

第十二条第二款规定："然而，上述特许权使用费也可以在其发生的缔约国一方，按照该国的法律征税。但是，如果特许权使用费受益所有人是缔约国另一方居民，则所征税款不应超过：

（一）第三款第（一）项①所指特许权使用费总额的10%；

（二）第三款第（二）项②所指特许权使用费调整数额的10%。该项'调整数额'是指特许权使用费总额的60%。

缔约双方主管当局应协商确定实施上述限制税率的方式。"

股息、利息和特许权使用费的限制税率条款中，都引入了"受益所有人"的概念，取得上述所得的人在具有该所得受益所有人身份的情况下，才能在来源国享受协定规定的优惠税率，否则将按来源国的国内法进行征税。"受益所有人"是指对所得和所得据以产生的权利或财产具有所有权和支配权的人，一般从事实质性的经营活动，可以是个人、公司或其他任何团体。在判定"受益所有人"身份时，应按照实质重于形式的原则，结合具体的实际情况，在综合考虑各种相关因素的基础上，进行分析判断。有关具体内容，请读者参阅"专题52：受益所有人的判定与实践"。

4. 股息、利息免税规定——政府及其机构全资所有实体、央行及其全资拥有金融机构免税原则

此外，税收协定一般还规定，如果股息的受益所有人是缔约国另一方政府及其机构，或者是缔约国另一方政府直接或间接全资所有的其他实体，则该股息在缔约国一方免税（譬如，中英税收协定第十条第三款）。类似地，如果发生

① 中英税收协定第十二条第三款第（一）项规定："为使用或有权使用文学、艺术或科学著作（包括电影影片、无线电或电视广播使用的胶片、磁带）的版权，任何专利、商标、设计或模型、图纸、秘密配方或秘密程序所支付的作为报酬的各种款项，或者为有关工业、商业、科学经验的信息（专有技术）所支付的作为报酬的各种款项。"

② 中英税收协定第十二条第三款第（二）项规定："为使用或有权使用工业、商业、科学设备所支付的作为报酬的各种款项。"

于缔约国一方而由缔约国另一方的政府、行政区或地方当局、中央银行、政府机构或完全由政府拥有的实体取得的利息，或者由缔约国另一方任何其他居民从其由缔约国另一方的政府、行政区或地方当局、中央银行、政府机构或完全由政府拥有的实体提供资金、担保或保险的债权取得的利息，应在首先提及的缔约国一方免税（譬如，中英税收协定第十一条第三款）。该条款一般是对中央银行或完全由政府拥有的金融机构贷款、担保或保险而支付的利息在来源国免税的规定。需要指出的是，不同的协定可能有不同的表述或规定，有的不包括“担保或保险”在内，有的表述为“直接或间接提供资金”等。有些协定中还对这些金融机构进行列名，我国列名的金融机构一般包括：中国人民银行、国家开发银行、中国进出口银行、中国农业发展银行、全国社会保障基金理事会、中国出口信用保险公司和中国投资有限责任公司。

5. 股息（利息、特许权使用费）与常设机构或固定基地有联系征税原则

税收协定在“股息”和“利息”条款中，一般都存在一款专门对与常设机构或固定基地有联系的股息、利息作出特殊规定。

譬如，中英税收协定第十条第五款规定：“如果股息受益所有人作为缔约国一方居民，在支付股息的公司是其居民的缔约国另一方，通过设在缔约国另一方的常设机构进行营业或者通过设在缔约国另一方的固定基地从事独立个人劳务，据以支付股息的股份与该常设机构或固定基地有实际联系的，不适用第一款和第二款的规定。在这种情况下，应视具体情况适用第七条或第十四条的规定。”譬如，英国居民从我国取得股息，并具备股息的受益所有人身份，在我国设有常设机构进行营业，或通过在我国的固定基地从事独立个人劳务，且据以取得股息的股份构成常设机构或固定基地资产的一部分，或与常设机构或固定基地有其他方面的实际联系，则我国可按照营业利润条款（第七条）或独立个人劳务条款（第十四条）的规定，对上述股息进行征税，不受股息条款规定的限制税率的限制。

类似地，利息和特许权使用费条款均有此项规定。譬如，中英税收协定第十一条第五款、第十二条第四款规定等。

6. 股息再分配征税权划分原则

税收协定在“股息”条款中一般还存在一个针对缔约国一方居民从另一方取得的股息进行再分配如何划分征税权的条款。

譬如，中英税收协定第十条第六款规定：“缔约国一方居民公司从缔约国另一方取得利润或所得，该缔约国另一方不得对该公司支付的股息征税，也不得对

该公司的未分配利润征税，即使支付的股息或未分配利润全部或部分是发生于缔约国另一方的利润或所得。但是，支付给缔约国另一方居民的股息或者据以支付股息的股份与设在缔约国另一方的常设机构或固定基地有实际联系的除外。”从前述规定可以看出，如果我国居民公司从英国取得利润或所得，其支付的股息和未作分配的利润都无需缴纳英国税收，即使我国居民公司支付的股息或未分配利润全部或部分是从英国取得的利润或所得。但是，如果股息又分配给了英国居民股东，或者其支付股息的股份与设在英国的常设机构或固定基地有实际联系的，则英国仍有征税权。类似的规定我们还可以在中美税收协定中看到，其第九条“股息”第五款规定：“缔约国一方居民公司从缔约国另一方取得利润或所得，该缔约国另一方不得对该公司支付的股息征收任何税收。但支付给该缔约国另一方居民的股息或者据以支付股息的股份或其他公司权利与设在该缔约国另一方的常设机构或固定基地有实际联系的除外。对于该公司的未分配的利润，即使支付的股息或未分配的利润全部或部分是发生于该缔约国另一方的利润或所得，该缔约国另一方也不得征税。”

7. 利息、特许权使用费来源地原则

税收协定对利息、特许权使用费的来源地确定原则及其例外进行了明确规定，即一般原则是以支付者的居民国作为利息的来源地。但是，还规定了一个例外情形，如果利息与常设机构或固定基地有联系并由其负担，则应以常设机构或固定基地所在国为来源国。譬如，中英税收协定第十一条第六款规定：“如果利息支付人是缔约国一方居民，应认为利息发生在该缔约国一方。然而，如果支付人（不论是否为缔约国一方居民）在缔约国一方设有常设机构或固定基地，据以支付利息的债务与常设机构或固定基地有联系，且利息由常设机构或固定基地负担，上述利息应被认为发生于该常设机构或固定基地所在的缔约国一方。”

例如，第三国居民设在中国的常设机构向英国居民支付利息，如果利息与该常设机构有联系并由其负担，则应以中国作为该项利息的来源国，由中国行使优先征税权。如果英国居民为该项利息的受益所有人，则可以享受中英协定的优惠待遇。

类似地，特许权使用费条款亦有此项规定。譬如，中英税收协定第十二条第五款规定：“如果特许权使用费支付人是缔约国一方居民，应认为特许权使用费发生在该缔约国一方。然而，如果支付人（不论是否为缔约国一方居民）在缔约国一方设有常设机构或固定基地，支付特许权使用费的义务与常设机构或者固定基地有联系，且特许权使用费由常设机构或固定基地负担，上述特许权

使用费应被认为发生于该常设机构或者固定基地所在的缔约国一方。”

8. 关联交易中支付利息、特许权使用费的征税规定

税收协定“利息”条款和“特许权使用费”条款中还存在关联交易中支付股息、特许权使用费的特别征税规定。譬如，在“利息”条款中，如果因为关联关系的存在而超额支付利息，则“利息”条款规定仅适用于没有关联关系情况下所能同意的数额，超额支付的部分不得享受“利息”条款规定的优惠税率。

譬如，中英税收协定第十一条第七款规定：“由于利息支付人与受益所有人之间或者他们与其他人之间的特殊关系，所支付的利息数额，无论何种原因，超出支付人与受益所有人在没有上述关系时所能同意的数额时，本条规定应仅适用于在没有上述关系情况下所能同意的数额。在这种情况下，对该支付款项的超出部分，仍应按缔约国各方的法律征税，但应对本协定其他规定予以适当注意。”中英税收协定第十二条第六款规定：“由于特许权使用费支付人与受益所有人之间或他们与其他人之间的特殊关系，所支付的特许权使用费数额，无论何种原因，超出支付人与受益所有人在没有上述关系时所能同意的数额时，本条规定应仅适用于在没有上述关系情况下所能同意的数额。在这种情况下，对该支付款项的超出部分，仍应按缔约国各方的法律征税，但应对本协定其他规定予以适当注意。”

9. 防止协定滥用规定

我国部分税收协定的“股息”、“利息”和“特许权使用费”条款中包含了相关反避税条款。即，以享受税收优惠待遇为主要目的或主要目的之一而人为设计的交易或安排，不能享受协定条款规定的优惠待遇。这是以“目的测试”的方法在协定中做出反避税规定，其效力优于国内法。譬如，中英税收协定第十条第七款、第十一条第八款、第十二条第七款即是这样的规定。第十条第七款规定：“如果据以支付股息的股份或其他权利的产生或分配，是由任何人以利用本条内容为主要目的或主要目的之一而安排的，则本条规定不适用。”从前述规定可以看出，税收协定并不妨碍缔约国一方行使关于国内反避税措施的权利，从而明确了中国反避税条款在适合的情况下可以否定税收协定的相关条款。同时，OECD 范本中有关信息交换的最新条款也被引用到协定的反避税条款中，这一引用将缔约国双方交换信息的范围由实施国内法规所“必需”的信息扩展到“可以预见与执行协定相关的”信息。

（四）财产收益

税收协定“财产收益”条款本身并没有对“财产收益”进行定义。按照一

般法律理解，“财产收益”是指因财产所有权发生转移而取得的所得。协定“财产收益”条款对各种类型的财产收益的征税权进行了划分。以中英税收协定第十三条“财产收益”条款为例说明如下：

1. 第一款规定：“缔约国一方居民转让第六条所述位于缔约国另一方的不动产取得的收益，可以在该缔约国另一方征税。”该款是关于转让不动产取得财产收益的规定，与“不动产所得”条款（第六条）对征税权确定的原则一致，本款规定不动产坐落地国家，即来源国拥有对转让不动产取得所得的优先征税权。

2. 第二款规定：“转让缔约国一方企业在缔约国另一方的常设机构营业财产部分的动产、或者缔约国一方居民在缔约国另一方从事独立个人劳务的固定基地的动产取得的收益，包括转让常设机构（单独或者随同整个企业）或者固定基地取得的收益，可以在该缔约国另一方征税。”该款规定，转让常设机构的营业财产或从事独立个人劳务的固定基地的财产，不论是单独转让还是随同整个机构或基地一同转让，常设机构或固定基地的所在国都可以优先征税。这与对常设机构或固定基地的营业利润进行征税的原则相一致。

3. 第三款规定：“缔约国一方企业转让其从事国际运输的船舶、飞机或者国际运输中使用的集装箱，或者转让与上述船舶、飞机或集装箱的运营或使用相关的动产取得的收益，应仅在该缔约国一方征税。”该款规定，转让从事国际运输的船舶或飞机，或转让经营上述船舶或飞机的动产所取得的收益，仅由转让者的居民国征税。这一点与海运和空运条款中关于国际运输的征税原则保持一致。

4. 第四款规定：“转让一个公司的股份取得的收益，如果该股份价值的50%（不含）以上直接或间接来自位于缔约国一方的不动产，可以在该缔约国一方征税。”该款规定，如果缔约国一方居民转让某公司的股份，无论该公司是否为缔约国双方的居民企业，只要该公司股份价值的50%以上（不含50%）直接或间接由位于缔约国另一方的不动产构成，则缔约国一方居民转让该公司股份取得的收益，缔约国另一方（即不动产坐落地国家）拥有优先征税权。

【疑难问题 50－1】如何理解和适用“公司股份价值50%以上直接或间接由缔约国另一方的不动产构成”？

关于如何理解和适用“公司股份价值50%以上直接或间接由缔约国另一方的不动产构成”，税收协定本身并没有明确的解释。为明确执行，2010年7月26日，国家税务总局发布了《国家税务总局关于印发〈中华人民共和国政府和新加坡共和国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定〉及议定书条文解释的通知》（国税发［2010］75号），其“国税发［2010］75号所附条文

解释”规定：

“按第四款规定，如缔约国一方居民持有某公司的股份，不论该公司是缔约一方的公司还是缔约对方的公司，只要该公司的股份价值的50%以上（不含50%）直接或者间接由位于缔约对方的不动产所构成，则缔约国一方居民转让该公司股份取得的收益，无论其持股比例是多少，不动产所在国对股份转让收益都有权征税。例如，新加坡居民拥有中国公司的股份（或购买在新加坡上市的中国公司的股份），如该中国公司股份价值的50%以上直接或间接由位于中国的不动产所组成，那么，不论该新加坡居民持有中国公司股份比例如何，中国对该新加坡居民转让该公司股份取得的收益都可以征税；再如，如果新加坡居民拥有某中国境外公司的股份，如果该公司股份价值的50%以上直接或间接由位于中国的不动产所构成，则上述新加坡居民转让该中国境外公司股份（股票）取得的收益，中国作为不动产所在国根据本款规定拥有征税权（但一般情况下如果不动产所在国国内法对此类情形下的转让收益不征税，即使协定规定有征税权，也并不意味着不动产所在国一定要征税）。”

“公司股份价值50%以上直接或间接由位于中国的不动产所组成，是指公司股份被转让之前的一段时间（目前该协定对具体时间未作规定，执行中可暂按三年处理）内任一时间，被转让股份的公司直接或间接持有位于中国的不动产价值占公司全部财产价值的比率在50%以上。

执行该款规定时还应注意‘间接持有’的问题，即除了应考虑被转让公司本身财产构成以外，还应注意被转让股份的公司是否有参股其他公司股份及该参股公司的财产价值构成情况。例如，新加坡居民在转让其在中国公司中的股份取得的转让收益时可能会提出，由于该中国公司财产价值的不动产部分低于50%（并且该新加坡居民持有中国居民公司股份低于25%），对其转让收益应享受协定不予征税的待遇。对此，如果上述中国公司又参股其他中国公司，并且其参股的其他中国公司的财产价值主要由在中国的不动产组成，则该被参股的中国公司的财产价值中一部分（按参股比例计算）应属于前面提及的中国公司，在计算被转让股份公司的财产价值时，应将后一个被控股公司的不动产价值按参股比例计算的归属部分一并考虑，视该被转让股份的中国居民公司的财产价值的不动产比例是否达到50%。例如新加坡居民公司甲拥有中国居民公司乙20%的股份，公司乙的财产价值为100（单位略），其中不动产价值为40。如果该公司乙又持有中国居民公司丙80%的股份，如公司丙的财产价值为100，其中不动产价值为90，则在处理依本款规定享受协定待遇计算公司乙的财产价

值时，应将公司丙财产价值的80%计算在内，即公司乙直接或间接拥有的财产价值为100＋100×80%＝180，其中不动产价值为40＋90×80%＝112，不动产价值比例为62%。上例以剔除公司乙和丙之间内部交易影响后的数额为前提。因此，当新加坡居民公司甲转让中国居民公司乙的股份时，由于该中国公司乙的财产价值中50%以上的价值直接或间接来自于中国的不动产，根据协定规定，对此项转让收益中国拥有征税权。”

同时，2012年12月31日，国家税务总局发布《国家税务总局关于税收协定中财产收益条款有关问题的公告》（国家税务总局公告2012年第59号，下称“59号公告”）三条规定：“‘中新税收协定’第十三条第四款以及‘国税发［2010］75号所附条文解释’所述的公司财产和不动产均应按照当时有效的中国会计制度有关资产（不考虑负债）处理的规定进行确认和计价，但相关不动产所含土地或土地使用权价值额不得低于按照当时可比相邻或同类地段的市场价格计算的数额。纳税人不能按照上款规定进行可靠计算的，相关资产确认和计价由税务机关参照上款规定合理估定。”

同时，我们还可以发现，其他协定或安排中也存在类似的规定。譬如，《内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排第二议定书》（下称“《内地—香港第二议定书》”）第四条规定：“《安排》第十三条第四款及议定书第二条提及的公司财产不少于百分之五十由位于一方的不动产所组成，按以下规定执行：在股份持有人转让公司股份之前三年内，该公司财产至少百分之五十曾经为不动产。”需要注意的是，尽管国税发［2010］75号文和59号公告有对时间范围的界定规定，但在实务中，由于59号公告同时还明确，对被转让公司的不动产中土地和土地使用权的价值要参考市场价格确定的规定，但这会引发一个实践中很难完成的“任务”——即，股权转让时，可以参考市场价格确定不动产比例是否超过公司股份价值的50%，但在之前的36个公历月份内的任一时点，如何证明不动产价值是否超过公司股份价值的50%？因为，在我国公司采用历史成本计量的原则下，被转让企业并不知道在36个公历月份后将会被境外的非居民企业股东转让股权，由于不会也几乎不可能记录和确定任一时点的不动产的市场价格，那么，如何在任一时点测试是否超过50%呢？所以，在一些特定时间点（例如月末或年末）上测算不动产比例，现实中可能更具可操作性。

【疑难问题50－2】如何理解和适用“国税发［2010］75号所附条文解释”第十三条“财产收益”第四款例举的“新加坡居民拥有中国公司的股份（或购

买在新加坡上市的中国公司的股份)”与 698 号文第一条的规定?

根据“国税发［2010］75 号所附条文解释”第十三条“财产收益”第四款规定:“例如，新加坡居民拥有中国公司的股份（或购买在新加坡上市的中国公司的股份），如该中国公司股份价值的 50% 以上直接或间接由位于中国的不动产所组成，那么，不论该新加坡居民持有中国公司股份比例如何，中国对该新加坡居民转让该公司股份取得的收益都可以征税。”譬如，新加坡居民公司甲直接拥有在证券交易所上市（不论在何地上市）的中国居民公司乙（上市公司）10% 的股份，甲转让其持有的乙股份时（不论转让多少），中国税务机关对甲的股权转让所得有权征税。但在实践中，有一种观点认为《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》（国税函［2009］698 号，下称“698 号文”）第一条规定“本通知所称股权转让所得是指非居民企业转让中国居民企业的股权（不包括在公开的证券市场买入并卖出中国居民企业的股票）所取得的所得”似乎排除了对这种情形征税的可能。但笔者认为，698 号文第一条的规定不能优先适用于不动产所得的协定规定以及国税发［2010］75 号的规定。即是说，在此种情形下，应优先适用税收协定有关转让不动产取得财产收益的规定以及国税发［2010］75 号的规定，并不意味着我国放弃了对此种情形下的征税权。需要注意的是，我们将在后文所述的内地—香港第四议定书对此作出了不同的规定（详见【疑难问题 50－5】）。

除上述问题之外，还需要注意的是，根据“国税发［2010］75 号所附条文解释”第十三条“财产收益”第四款规定:“再如，如果新加坡居民拥有某中国境外公司的股份，如果该公司股份价值的 50% 以上直接或间接由位于中国的不动产所构成，则上述新加坡居民转让该中国境外公司股份（股票）取得的收益，中国作为不动产所在国根据本款规定拥有征税权（但一般情况下如果不动产所在国国内法对此类情形下的转让收益不征税，即使协定规定有征税权，也并不意味着不动产所在国一定要征税）。”譬如，新加坡居民公司甲（直接拥有日本居民公司乙 10% 的股份）转让其直接拥有的日本（任何第三国或地区）居民公司的股份，且乙公司的股份价值 50% 以上（不含 50%）直接或间接由位于中国的不动产组成，而不论甲对乙的持股比例是多少；同时，乙股份价值的 60% 间接由位于中国的不动产组成，甲转让其持有的乙股份时（不论转让多少），中国税务机关对甲的股权转让所得有权征税。根据《国家税务总局关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 7 号，下称“7 号公告”）第二条的规定:“适用本公告第一条规定的股权

转让方取得的转让境外企业股权所得归属于中国应税财产的数额（以下称间接转让中国应税财产所得），应按以下顺序进行税务处理：（一）对归属于境外企业及直接或间接持有中国应税财产的下属企业在中国境内所设机构、场所财产的数额（以下称间接转让机构、场所财产所得），应作为与所设机构、场所有实际联系的所得，按照企业所得税法第三条第二款规定征税；（二）除适用本条第（一）项规定情形外，对归属于中国境内不动产的数额（以下称间接转让不动产所得），应作为来源于中国境内的不动产转让所得，按照企业所得税法第三条第三款规定征税；（三）除适用本条第（一）项或第（二）项规定情形外，对归属于在中国居民企业的权益性投资资产的数额（以下称间接转让股权所得），应作为来源于中国境内的权益性投资资产转让所得，按照企业所得税法第三条第三款规定征税。”我们可以看出，7 号公告第二条第（二）项明确了“间接转让不动产所得”的情形，在此种情形下，中国税务机关应当按照 7 号公告第十一条规定执行：“主管税务机关需对间接转让中国应税财产交易进行立案调查及调整的，应按照一般反避税的相关规定执行。”因此，实践中，除非中国税务机关依据协定以及 7 号公告有关规定启动反避税调查程序，否则无法判定相关非居民企业是否具有在中国的企业所得税纳税义务。

5. 第五款规定：“缔约国一方居民转让其在缔约国另一方居民公司的股份取得的收益，如果首先提及的缔约国一方居民在转让行为前的 12 个月内，曾经直接或间接拥有该公司至少 25% 的股份，可以在该缔约国另一方征税。”该款规定，如果缔约国一方居民转让其在缔约国另一方公司所持有的股份，且在转让行为发生前的 12 个月内曾直接或间接参与该公司至少 25% 的资本，则缔约国另一方，即来源国，可以对转让股份所得征税。其中，间接参与公司资本的情况包括通过具有 10% 以上（含 10%）直接资本关系的单层或多层公司或其他实体（含单个或多个参与链）间接参与公司的资本，或者具有显著利益关系的关联集团内其他成员在该公司直接参与或者通过具有 10% 以上（含 10%）直接资本关系的单层或多层公司或其他实体（含单个或多个参与链）间接参与该公司的资本。类似的规定，我们还可以参见《内地—香港第二议定书》第五条的规定：“取消《安排》第十三条第五款的规定，用下列规定代替：‘五、除第四款外，一方居民转让其在另一方居民公司资本中的股份或其他权利取得的收益，如果该收益人在转让行为前的十二个月内，曾经直接或间接参与该公司至少百分之二十五的资本，可以在该另一方征税。’”

【疑难问题 50－3】 如何理解和适用“如果首先提及的缔约国一方居民在转

让行为前的 12 个月内，曾经直接或间接拥有该公司至少 25% 的股份”？

关于如何理解和适用“如果首先提及的缔约国一方居民在转让行为前的 12 个月内，曾经直接或间接拥有该公司至少 25% 的股份”，根据国税发［2010］75 号所附条文解释以及国家税务总局公告 2012 年第 59 号的有关规定：

“在一般情况下（除滥用情形外），按照第五款的规定，新加坡居民转让其在中国居民公司或其他法人资本中的股份、参股、或其他权利取得的收益，如果收益人在转让行为前的十二个月内曾经直接或间接参与被转让公司 25% 的资本，则中国有权对该收益征税。

新加坡居民转让中国居民公司或其他法人资本中的股份、参股、或其他权利，在一般情况下（除滥用情形外）是指直接转让情形。如果被转让的股份不属于中国居民公司或其他法人资本中的股份、参股、或其他权利，无论被转让股份的公司是否拥有中国居民公司或其他法人资本中的股份、参股、或其他权利，均不适用第五款规定，即不能按照第五款规定确定中国拥有征税权，应视具体情形适用本条其他款项规定。

但是，对滥用企业组织形式，不是出于真正商业意图，而是以逃避税款或获取优惠的税收待遇为目的，间接转让中国公司股份的情况，中国有权根据本协定第二十六条的规定启动反避税调查程序，以防止我国税收权益的流失。

新加坡居民直接或间接参与一个中国居民公司的资本包括以下几种情况：

（一）该新加坡居民直接参与该中国居民公司的资本。如果该新加坡居民通过其他名义参与人（含个人、公司和其他实体）参与中国居民公司的资本，且该新加坡居民对于该名义参与人参与的资本享有排他性资本参与利益，并实质承担资本参与风险，该名义参与人参与的该中国居民公司资本可以视同该新加坡居民直接参与该中国居民公司的资本；

（二）该新加坡居民通过具有 10% 以上（含 10%）直接资本关系的单层或多层公司或其他实体（含单个或多个参与链）间接参与该中国居民公司的资本。间接参与的资本按照每一参与链中各公司或其他实体的资本比例乘积计算；

（三）与该新加坡居民具有显著利益关系的关联集团内其他成员在该中国居民公司直接参与或者通过具有 10% 以上（含 10%）直接资本关系的单层或多层公司或其他实体（含单个或多个参与链）间接参与该中国居民公司的资本。间接参与的资本按照每一参与链中各公司或其他实体的资本比例乘积计算，但在汇总计算该关联集团直接或间接参与该中国居民公司总资本份额时，符合前述规定的每一参与链所参与的资本份额不重复计算。上述与新加坡居民具有显著

利益关系的关联集团内成员包括：

1. 在该新加坡居民为个人的情况下，与该新加坡个人居民具有相同资本参与利益的个人（包括其配偶、父母及父母以上前辈直系亲属、子女及子女以下后辈直系亲属）；

2. 在该新加坡居民为公司或其他实体的情况下，直接或间接拥有该新加坡居民100%资本的个人（包括与其配偶、父母及父母以上前辈直系亲属、子女以及子女以下后辈直系亲属共同拥有的情形）、公司或其他实体。”

【疑难问题50－4】如何理解和适用《内地—香港第二议定书》对股权转让收益条款的修订？

在《内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排》（下称“《内地—香港税收安排》”）第十三条“财产收益”第五款规定：“转让第四款所述以外的任何股份取得的收益，而该项股份相当于一方居民公司至少25%的股权，可以在该一方征税。”《内地—香港第二议定书》第五条规定：“取消《安排》第十三条第五款的规定，用下列规定代替：‘五、除第四款外，一方居民转让其在另一方居民公司资本中的股份或其他权利取得的收益，如果该收益人在转让行为前的十二个月内，曾经直接或间接参与该公司至少百分之二十五的资本，可以在该另一方征税。’”这样的修订可以一定程度上避免《内地—香港税收安排》原规定导致的避税行为，更为合理。譬如，香港非居民企业持有境内居民企业80%股权，如果在《内地—香港税收安排》下，可以分4次，每次20%转让，由于每次都小于25%，则中国对每次股权转让都没有征税权。所以，后来的《内地—香港第二议定书》修改为12个月内曾经直接或间接持有25%，至少在非居民企业股权比例减低到25%之前的其余部分，中国具有征税权。譬如，前例中，如果分4次，每次20%转让，则前面3次合计60%，中国都具有征税权。但最后一次，只要在12个月之后进行，则中国没有征税权，但已经比在原《内地—香港税收安排》的规定下好很多了。

【疑难问题50－5】香港居民投资者转让中国居民企业的“H”股，如何适用《内地—香港第四议定书》对股权转让收益条款的修订？

2015年4月1日，中国内地和香港签署了《〈内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排〉第四议定书》（下称“《内地—香港第四议定书》”）。其第三条规定：

“取消《安排》第十三条第六款，用下列规定代替：

‘六、虽有第四款和第五款的规定，一方居民转让在被认可的证券交易所上

市的另一方居民公司股票取得的收益，应仅在转让者为其居民的一方征税。该项转让仅限于在同一证券交易所买入并卖出的情况。

符合下列条件的投资基金应视为一方居民投资基金，适用本款规定：（一）依其所在一方相关法律设立，获得一方行业监管机构认可，并接受其监管；（二）投资基金的管理人应为在该一方注册成立的公司或组成的其他人，并按照该一方行业监管机构的规定对投资基金实施管理；和（三）百分之八十五以上的资金通过该一方市场募集。投资基金使用以下方式募集资金应视为通过该一方市场募集：1. 在该一方的证券交易所挂牌交易；2. 在该一方通过具有经营实质的金融机构销售或配售；3. 在该一方直接向投资者销售或配售；4. 使用双方主管当局同意的其他方式。

七、转让第一款至第五款所述财产以外的其他财产取得的收益，应仅在转让者为其居民的一方征税。’”

被替代的《内地—香港税收安排》第十三条第六款规定：“转让第一款至第五款所述财产以外的其他财产取得的收益，应仅在转让者为其居民的一方征税。”

我们可以发现，《内地—香港第四议定书》对《内地—香港税收安排》第十三条第六款的修订实质解决了实务中香港居民投资者转让其持有的中国居民企业在境外被认可的证券交易所（比如香港联交所）上市的股票（比如“H”股）时，中国是否具有征税权的问题，这也与对非居民纳税人转让投资于公开资本市场的股票不征税的国际惯例保持一致。

在《内地—香港第四议定书》之前，对香港投资者（包括机构投资者）转让并非通过 QFII、RQFII 或者“沪港通”购买的“H”股时，中国是否拥有征税权一直颇具争议。譬如，对于某香港居民投资者甲持有的中国居民乙公司发行的“H”股（转让前 12 个月内低于 25%），根据《内地—香港税收安排》（《内地—香港第二议定书》修订）第十三条第五款、第六款的规定，甲转让“H”股香港享有征税权，中国不享有征税权。如果乙公司的财产主要由不动产所组成或者甲在转让前 12 个月内持有股份超过 25%，则根据《内地—香港税收安排》（《内地—香港第二议定书》修订）第十三条第四款、第五款的规定，中国享有征税权，香港不享有征税权。此时，如果甲为企业，则根据我国《企业所得税法实施条例》第七条的规定：“企业所得税法第三条所称来源于中国境内、境外的所得，按照以下原则确定：……（三）转让财产所得，不动产转让所得按照不动产所在地确定，动产转让所得按照转让动产的企业或者机构、场

所所在地确定，权益性投资资产转让所得按照被投资企业所在地确定；”根据该规定，甲在香港联交所转让“H”股取得的所得应按照乙公司所在地确定，即确定为来源于中国的所得，因此，依据《企业所得税法》第三条第三款的规定，甲应在中国按照10%的预提税率缴纳预提税。如果甲为个人，则根据我国《个人所得税法实施条例》第五条的规定：“下列所得，不论支付地点是否在中国境内，均为来源于中国境内的所得：……（三）转让中国境内的建筑物、土地使用权等财产或者在中国境内转让其他财产取得的所得；”从前述规定可以看出，如果我国要依据国内法对甲个人征税的话，则甲在香港联交所转让“H”股既不属于“转让中国境内的建筑物、土地使用权等财产”，也不属于“在中国境内转让其他财产”，显然甲个人并没有取得来源于中国境内的所得，则依据中国国内法，我国税法无法完成对甲个人的征税。

因此，根据国际惯例，第四议定书修改了其规定为：“一方居民转让在被认可的证券交易所上市的另一方居民公司股票取得的收益，应仅在转让者为其居民的一方征税。”需要注意的是，在前文【疑难问题50－2】所述的中新税收协定适用中，至少目前并没有类似的规定。

还需要注意的是，对于非股权企业转让境内居民企业股权的收益，并非所有的税收协定都规定中国具有征税权。譬如，中韩税收协定第十三条“财产收益”第五款规定：“转让第一款至第四款所述财产以外的其他财产取得的收益，应仅在转让者为其居民的缔约国征税。”该条并没有类似于中英税收协定、内地—香港税收安排类似的“转让前12个月曾经直接或间接持有该公司至少25%的股份”的条款规定，这意味着，除了特别约定的前四款的情形之外的股权转让收益，韩国具有征税权。

6. 第六款规定：“转让第一款至第五款所述财产以外的其他财产取得的收益，应仅在转让者为其居民的缔约国一方征税。”该款规定，转让第一款至第五款以外的其他财产，应仅在转让者的居民国征税。

专题51：常设机构的判定与实践

内容概览

在税收协定条款中，存在一个非常重要的概念，即“常设机构”。我们讲，税收协定（特别是OECD范本）遵循的基本原则是居民管辖权原则，而对于非居民而言，行使收入来源地管辖权的核心问题是确定跨国收入或所得的来源地。解决跨国从事营业活动而取得的利润如何征税，是国际税收规则必须解决的根本性问题之一。为了使得所得税的征收不至于影响跨国积极投资和国际贸易，采取了兼顾收入来源国和投资国双方利益的立场，也就是跨国营业所得不由一个国家独享征税权，而是由收入来源国有限制地征税。毫无疑问，这个限制条件就是“常设机构”。本专题包含如下内容：

■ 常设机构的定义及其主要特征

■ 常设机构的类型及其应用

■ 母子公司与常设机构及实践案例

■ 税收协定常设机构条款与其他条款的适用——常设机构条款优先原则

一、常设机构的定义及其主要特征

（一）常设机构的定义

站在国际税法视角，“常设机构”（Permanent establishment）在一个国内法中被视为“居民企业”待遇，来源于该常设机构的利润或所得负有居民纳税义务。其背后的逻辑是常设机构所归属的企业因为深入参与了来源国的经济活动，因此来源国拥有对其征税的权利。从法律地位上看，常设机构属于非法人性质（即使所谓的母子公司构成常设机构，也不是母子公司法律主体本身构成常设机构，而是其所属的机构、场所等构成），只有不具备法人资格的缔约国另一方的外国企业（譬如，合伙、信托、不具有法人资格的中外合作企业等）及其分支机构才有可能被认定为常设机构。OECD范本（2010）和UN范本（2011）第五

条对常设机构的定义为："在本协定中，'常设机构'一语是指企业进行全部或部分营业活动的固定营业场所。"同时，在该第五条第二款还以正列举的方式明确了常设机构包括：（a）管理场所；（b）分支机构；（c）办事处；（d）工厂；（e）作业场所以及（f）矿场、油井或气井、采石场或者其他开采自然资源的场所。

从我国对外签订的税收协定来看，采用了与 OECD 范本（2010）和 UN 范本（2011）同样的常设机构定义。列举的常设机构类型基本与国际范本相同，但我国最近签订的某些协定（譬如，中英税收协定）在此基础上还新增了一项"勘探或开发自然资源所使用的装置或设施"。[①] 该项的增加是基于 OECD 范本（2010）对常设机构营业场所的注释包括从事营业活动的重要的设备或设施而增加。

（二）常设机构的主要特征

税收协定对"常设机构"的定义是，"企业进行全部或部分营业的固定营业场所"。因此，常设机构必须首先是一个营业场所，它通常有三个特性，即固定性、持续性和经营性。

1. 营业场所

按照 OECD 范本（2010）注释："营业场所一语包括企业用于从事营业活动的任何房屋场地、设施和设备，而不管这房屋场地、设施或设备是否完全用于这个目的。"[②]该定义包括如下三个方面的内涵：一是，营业场所不要求有完整性，市场中的一个摊位、一幢大厦中的某个房间都可以构成营业场所；二是，企业必须对此场所拥有支配能力；三是，构成营业场所的必须是用于营业活动的、重要的有形物体，轻便的、可携带的机器、设备、工具不构成营业场所。

2. 固定性

理解营业场所的固定性要把握以下两点：一是，固定的场所不必真的固定于某一点不动，但必须有固定的活动中心场所；二是，如果场所不固定，即使营业活动持续时间够长，也不存在构成常设机构的问题，因此固定性是构成常设机构的前提。在判断常设机构的固定性时，要综合考虑三个要素：是否有固定中心，是否有明确边界，以及是否有商业或地理上的一致性。

---

① 中英税收协定第五条第二款第（七）项。

② Model Tax Convention on Income and on Capital 2010（Full Version），Commentary on Article 5：Concerning the definition of permanent establishment，Para 4：The term "place of business" covers any premise，facilities or installations used for carrying on the business of the enterprise whether or not they are used exclusively for that purpose.

3. 持续性

判断营业场的持续性时，既要考虑设立营业场所的目的，也要考虑其实际存续的时间。如果一个营业场所的设立是以长期使用为目的的，即使由于企业活动的特殊性质或其他原因而提前清算，其实际存在的时间很短，仍应视为常设机构；如果一个营业场所的设立是为了短期目的，事实上也如此，那么就不构成常设机构。但如果其实际存在超过了临时性质的期限，则可构成固定场所并可追溯性地构成常设机构。

4. 经营性

税收协定规定，只有经营性的营业场所才有可能构成常设机构，准备性、辅助性的营业场所不应视为常设机构。《国家税务总局关于税收协定常设机构认定等有关问题的通知》（国税发［2006］35 号）对“经营性”的判断方法作出了明确规定：一是看固定基地或场所的业务性质是否与总机构一致；二是看固定基地或场所是否仅为总机构服务，还是也为其他人服务；三是看固定基地或场所的业务是否成为总机构业务的重要组成部分。如果固定基地或场所不仅为总机构服务，而且与其他机构有业务往来，或固定场所的业务性质与总机构的业务性质一致，且其业务为总机构业务的重要组成部分，则不能认为该固定场所的活动是准备性或辅助性的。此外，税收协定范本第五条第四款对于非经营性，也就是准备性、辅助性的活动，列举了六种情况，[①] 排除了从事这些活动构成常设机构的可能性。

二、常设机构的类型及其应用

除了第一部分所述的一般类型的常设机构之外，税收协定还规定了几种特殊的常设机构形式，分别是工程型常设机构、劳务型常设机构和代理型常设机构。

（一）工程型常设机构

OECD 范本（2010）第五条第三款规定：“‘常设机构’一语包括建筑工地，建筑或安装工程，但仅以该工地或工程连续 12 个月以上的为限。”UN 范本

---

① 笔者注：这六种被排除的情形包括：（一）专为储存、陈列或者交付本企业货物或者商品的目的而使用的设施；（二）专为储存、陈列或者交付的目的而保存本企业货物或者商品的库存；（三）专为由另一企业加工的目的而保存本企业货物或者商品的库存；（四）专为本企业采购货物或者商品，或者搜集信息的目的所设的固定营业场所；（五）专为本企业进行其他准备性或辅助性活动的目的所设的固定营业场所；（六）专为本款第（一）项至第（五）项活动的结合所设的固定营业场所，如果由于这种结合使该固定营业场所的全部活动属于准备性质或辅助性质。

(2011)则将12个月的时间门槛调低至6个月，还将“装配”和“与建筑工地、建筑、装配或安装工程或与之有关的监督管理活动”也都作为判定构成常设机构的可能条件，以更多地照顾发展中国家的利益。我国对外谈签的税收协定大部分采用了6个月或12个月的标准，但也有一些例外。例如，与阿曼、委内瑞拉等国的协定为9个月，与蒙古、乌克兰等国的协定为18个月，与阿拉伯联合酋长国的协定更采用了24个月的标准。

（二）劳务型常设机构

关于特殊类型的常设机构，UN范本（2011）中增加了一种情形，就是劳务型常设机构：“企业通过雇员或雇佣的其他人员为上述目的提供的服务，包括咨询劳务，但这种性质的活动以在该国内（为同一工程或有关工程）在任何12个月中连续或累计为期六个月以上的为限。”我国对外谈签的税收协定在这一款上大多参考了联合国范本的规定。

（三）代理型常设机构

如果代理人具有以被代理人名义与第三人签订合同的权力，并经常行使这种权力，则代理人应构成被代理人在来源国的常设机构。这就是所谓的代理型常设机构。

需要注意的是，OECD范本（2010）注释对“以被代理人的名义签订合同的权力”进行了扩大化解释，即不论是否以被代理人名义签订合同，只要签订的合同能“约束”被代理人，即视为以被代理人名义签订合同。当然，这里所指的合同是对企业的经营活动至关重要的合同，而不是仅与企业内部运作有关的管理性合同。如，为企业雇佣人员协助代理人工作而与该雇员签订的合同，就不能认为该代理人构成企业的常设机构。

代理人必须“经常”行使签订合同的权力这一要件，反映了协定第五条的基本原则，即如果要认定某企业在某缔约国设有常设机构，并因此在该国负有纳税义务，那么该企业就不能仅在该国短暂地存在。认定代理人是否经常行使签订合同的权力，应该根据相关活动的程度和频率。而这种程度和频率取决于合同和企业营业的性质，因此很难为每个行业规定一个被认为是“习惯”或“经常”签订合同的频率标准。只要是“重复地而不仅仅在单独情况下”使用此项权力，即可认为符合使之成为常设机构的条件。

与上述情形形成对比的是，独立代理人的活动并不会构成被代理企业的常设机构。判断一位代理人是否为独立代理人，关键要看他是否在法律上和经济

上独立于被代理企业。代理人的独立性体现在以下几个方面：代理人具有商务活动的自由度，不受被代理企业的指导和控制；商务活动的风险由代理人自己承担，而不是由被代理企业承担；代理人并不仅仅为一家企业开展活动；代理人具备独立从事商务活动的专门知识或技术，不需要依赖企业的帮助。独立代理人在代表企业进行活动时，一般按照常规进行自身业务活动，不从事其他经济上归属于被代理企业的活动。

三、母子公司与常设机构及实践案例

OECD 范本（2010）和 UN 范本（2011）都在第五条第七款明确规定："缔约国一方的居民公司，控制或被控制于缔约国另一方的居民公司或者在该缔约国另一方进行营业的公司（不论是否通过常设机构），此项事实不能据以使任何一方公司构成另一方公司的常设机构。"我国对外签署的税收协定也采用了同样的条款。该规定意味着，母子公司之间尽管存在控制与被控制的关系，但这一事实并不足以使得任何一方构成另一方的常设机构。因为，母子公司本身是一个独立的法人实体，并不构成相互的常设机构，除非母子公司的活动达到了构成常设机构的条件。譬如，子公司在一国拥有并经常以母公司名义行使签订合同的权力，那么就可以认为母公司在该国就子公司为其进行的活动设有常设机构。又譬如，子公司拥有的任何空间或厂房，如果由母公司支配并构成母公司用于进行自身营业的固定营业场所，该空间或厂房将构成母公司的常设机构。

同时，《〈中华人民共和国政府和新加坡共和国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定〉及议定书条文解释》的通知（国税发［2010］75 号）附件《中新协定条文解释》第五条第七款明确规定：

"但是，由于母子公司之间的特殊关系，现实经济活动中，母子公司之间常存在较为复杂的跨境人员及业务往来。这种情况下，母公司在子公司的活动是否导致母公司在子公司所在国构成常设机构，应从以下几个方面掌握：

（一）应子公司要求，由母公司派人员到子公司为子公司工作，这些人员受雇于子公司，子公司对其工作有指挥权，工作责任及风险与母公司无关，由子公司承担，那么，这些人员的活动不导致母公司在子公司所在国构成常设机构。此种情况下，子公司向此类人员支付的费用，不论是直接支付还是通过母公司转支付，都应视为子公司内部人员收入分配，对支付的人员费用予以列支，其所支付的人员费用应为个人所得，按子公司所在国有关个人所得税法相关规定，以及协定第十五条的有关规定征收个人所得税。

（二）母公司派人员到子公司为母公司工作时，应按本条第一款或第三款的规定判断母公司是否在子公司所在国构成常设机构。符合下列标准之一时，可判断这些人员为母公司工作：

1. 母公司对上述人员的工作拥有指挥权，并承担风险和责任；

2. 被派往子公司工作的人员的数量和标准由母公司决定；

3. 上述人员的工资由母公司负担；

4. 母公司因派人员到子公司从事活动而从子公司获取利润。

此种情况下，母公司向子公司收取有关服务费时，应按独立企业公平交易原则，确认母子公司上述费用的合理性后，再对子公司上述费用予以列支。如果上述活动使母公司在子公司所在国构成常设机构，则该子公司所在国可按本协定第七条的规定，对母公司向子公司收取的费用征收企业所得税。

（三）子公司有权并经常以母公司名义签订合同，符合上述第五款关于‘非独立代理人’有关条件的，子公司构成母公司的常设机构。”

从上述规定可以看出，认定子公司构成母公司的常设机构比较常见，但对母公司构成子公司的常设机构的颇为罕见。下面笔者以一个公开报告的常设机构认定案例来进行分析：

【例 51－1】母公司被认定为子公司的“常设机构”案例

案情介绍：

2015 年 9 月 7 日，中国税务报刊发了一篇报道《一起罕见案例显示：母公司也能构成境外子公司常设机构》①。该报道介绍了一起母公司构成境外子公司常设机构的案件。相关案情如下：

“注册在北京市经济技术开发区的 A 公司，由某大型国有控股集团和著名的某日本电机公司共同投资设立。根据权威机构的统计，A 公司位列中国工业机器人公司排行榜前 10 位，属于行业领军企业。北京市经济技术开发区国税局税务人员在开展对外投资情况的摸底调研过程中，发现 A 公司在香港投资设立了 X 公司。截至 2013 年底，香港 X 公司账面有近 1300 万元的未分配利润。在对企业进行税收政策宣传时，税务人员敏锐地捕捉到了企业办税人员的一句话：‘其实我们香港公司没有人，要不是为了做转口贸易也不会在香港设公司’。

为了切实掌握企业的实际情况，开发区国税局特别成立了专案调查小组，实地走访 A 公司，并与公司财务部、税务部、销售部等多个部门的负责人进行

---

① 作者：邢宇光，北京市经济技术开发区国税局。

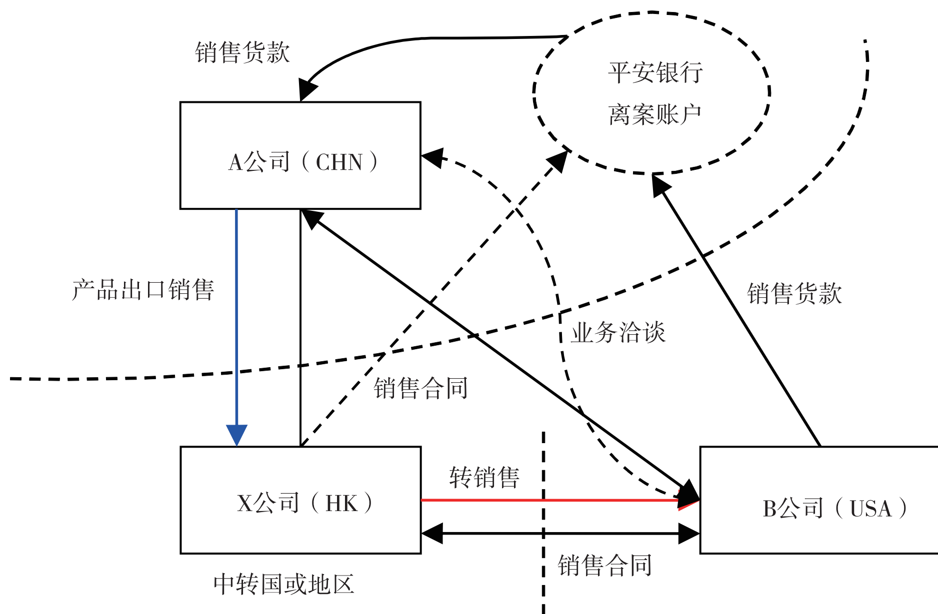
了深入沟通，更充分地了解了香港X公司的经营情况。经调查，香港X公司只设一名董事，董事本人长期在中国境内居住，公司从2009年底才正式开展转口贸易业务，与客户的合同主要由A公司业务员以邮件的方式同最终客户谈签，收付款通过在平安银行北京分行开立的离岸账户以网上银行方式进行交易结算。调查小组还调取了香港X公司的相关业务合同和财务核算资料，进一步确认了香港公司的业务运转是由A公司负责。同时，通过翻阅香港X公司2009年~2014年度的审计报告，整体掌握了该公司的累计盈利情况，为计算应纳税款打下坚实的数据基础。

根据调查的情况，境内A公司作为香港X公司的非独立代理人，已经构成了在大陆的常设机构。作为非居民企业的香港X公司，虽然在香港实现了盈利，但其取得的所得与其在大陆所设机构、场所有实际联系，应就其所得缴纳企业所得税。开发区国税局最终根据内地和香港税收安排和企业所得税法的相关规定，认定其构成常设机构，并指定A公司进行税款扣缴，入库税款396万元。”

【评析】在实践中，我国境内企业在境外（如香港）设立公司从事贸易活动的情形比较常见。此种情形下，境外公司在境内设立的公司或者代表处被认定为常设机构比较普遍，但境内公司在境外设立公司后，境内公司被认定为境外公司常设机构的情形却很鲜见。

一、案情分析

本案件是有关我国（出口国）境内企业在香港（中转地区）设立贸易公司从事转口贸易销售货物到其他国家（消费国）的典型案件。有关交易流程图如下：



在上述交易流程中，主要包括如下事实和步骤：

1. A公司在香港投资设立转口贸易公司X公司（X公司只设一名董事，董事本人长期在中国境内居住），A公司对X公司具有控制权（假定为100%控股），A公司和X公司构成跨国集团公司；

2. X公司在北京平安银行设立离案账户①用于资金结算；

3. A公司将货物出口销售到X公司，X公司通过离案账户结汇后向A公司支付货款；

4. A公司业务人员负责X公司的转口贸易业务，负责代X公司洽谈合同；

5. A公司或者X公司按照洽谈后的内容签订销售合同，并将货物转口销售到客户B公司（美国公司）处，B公司支付货款到X公司的离案账户；B公司可以从X公司处收取货物，也可以直接从A公司处收取货物；

6. 截至2013年底，香港X公司账面有近1300万元的未分配利润。

二、税务分析

本案的争议焦点在于：香港X公司实现的境外利润或所得是否应在中国境

① 笔者注：离案账户（OFFSHORE ACCOUNT）是指境外机构按规定在依法取得离岸银行业务经营资格的境内银行离岸业务部开立的账户，属于境外账户。离岸账户较少受中国的外汇管制，资金自由进出。其主要的优点是：（1）资金调拨自由；（2）存款利率、品种多样灵活；（3）免征存款利息税；（4）提高资金运营效率；（5）境内操控，境外运作。

内完税？或者讲，中国是否对香港 X 公司实现的境外利润或所得具有征税权？该争议点可以细分为如下四个问题：1. 本案如何进行法律适用？如何适用《内地—香港税收安排》？2. 在《内地—香港税收安排》下，A 公司是否构成 X 公司在中国设立的常设机构？3. 若 A 公司构成 X 公司在中国设立的常设机构，中国是否对于归属于 A 公司的营业利润享有征税权？4. 若 A 公司构成 X 公司在中国设立的常设机构，如何适用中国国内法？

1. 本案如何进行法律适用？

根据《国家税务总局关于〈内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排〉有关条文解释和执行问题的通知》（国税函［2007］403 号）第一条“关于《安排》与税收法规的关系”的规定：“《安排》是协调划分两地税收管辖权并对两地纳税人共同适用的法律规范。在税收法规与《安排》规定不一致时，应以《安排》为准。但当税收法规所规定的待遇优于《安排》时，可以按照税收法规处理。”该规定实质是体现了处理税收协定与国内法的关系的基本原则，通常可以总结为“协定优先，优惠优先”。因此，处理本案应首先适用《内地—香港税收安排》。

2. 在《内地—香港税收安排》下，A 公司是否构成 X 公司在中国设立的常设机构？

如前所述，OECD 范本规定的常设机构包括四种：一般类型常设机构、工程型常设机构、劳务型常设机构和代理型常设机构。本案涉及的是代理型常设机构。

根据《内地—香港税收安排》第五条“常设机构”第五款规定：“虽有本条第一款和第二款的规定，当一个人（除适用第六款规定的独立代理人以外）在一方代表另一方的企业进行活动，有权并经常行使这种权力以该企业的名义签订合同，这个人为该企业进行的任何活动，应认为该企业在该一方设有常设机构。除非这个人通过固定营业场所进行的活动限于第四款的规定，按照该款规定，不应认为该固定营业场所是常设机构。”

（1）首先，判断 A 公司是否构成对 X 公司的“非独立代理人”

按照 OECD 范本（2010）注释对独立代理人和非独立代理人的区分，独立代理人通常具有如下几个特点：一是自主营业标准。即，被代理人向代理人发出指令，是判断代理人对被代理人法律上是否存在依从性的主要标志。如果被代理人向代理人发出的指令达到“具体领导”的程度，控制达到“全面控制”的地步，那么，应当认为，代理人不符合自主营业的标准，是非独立地位的代

理人；二是正常营业过程标准。如果一个在法律上、经济上都独立于被代理人的代理人在营业过程中出现与独立代理人地位偏离的非正常因素时，譬如，以被代理人的名义签订合同，就意味着他丧失了独立地位，从而可能被判定为被代理人的常设机构；三是利益分享和风险承担标准。如果代理人从事代理活动的风险由被代理人承担，代理人不能分享代理的利益，只是从被代理人那里取得佣金，那么，该代理人就构成非独立地位的代理人。反之，如果代理人与被代理人利益共享，风险共担，则表示代理人是独立的；四是客户数量标准。即使一个代理人以独立身份进行活动，但如果该代理人仅为一个企业工作，并且将时间和精力全部或几乎全部都奉献给该企业，那么这个代理人就失去了独立身份。

对于《内地—香港税收安排》，应参照《〈中华人民共和国政府和新加坡共和国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定〉及议定书条文解释》的通知（国税发［2010］75 号）附件《中新协定条文解释》第五条第五款第（一）项规定的口径执行："第五款规定，缔约国一方企业通过代理人在另一方进行活动，如果代理人有权并经常行使这种权力以该企业的名义签订合同，则该企业在缔约国另一方构成常设机构。执行时应从如下几个方面理解：（一）其活动使一方企业在另一方构成常设机构的代理人，通常被称为'非独立代理人'"。非独立代理人可以是个人，也可以是办事处、公司或其他任何形式的组织，不一定被企业正式授予代表权，也不一定是企业的雇员或部门。此外，非独立代理人不一定是代理活动所在国家的居民，也不一定在该国拥有营业场所。"

在本案中，A 公司负责 X 公司对外业务的联系和业务洽谈，商定合同条文，A 公司享有 X 公司授予的代表权（不论是否是正式、书面的授予）；A 公司享有以 X 公司名义签订合同的权力，即使 A 公司没有以 X 公司的名义签订合同，只要该合同对 X 公司有约束力，也认为 A 公司具有以 X 公司的名义签订合同的权力（分析见下文）；A 公司并不分享代理利益和承担风险，即使最终分享利益也是基于股权而分享的利益；A 公司仅仅为 X 公司的销售而工作。因此，从前述分析可以看出，A 公司可以构成 X 公司的非独立代理人。

（2）其次，判断 A 公司是否构成"有权并经常行使这种权力以该企业的名义签订合同"

《内地—香港税收安排》第五条第五款规定要求构成常设机构的一个条件是"以该企业的名义签订合同"。那么，如何理解和适用"以该企业的名义签订合

同”呢？

根据 OECD 范本（2010）注释，只有那些由于其职权范围或活动性质使所代理的企业在一定程度上参与了所在国家的经济活动的代理人，才应被视为常设机构。因此，代理人只有在有权缔结合同时，才能认定为该企业的常设机构。当然，“以企业的名义签订合同的权力”一词并非将本款的适用限于那些严格以企业的名义签订合同的代理人；本款还适用于那些虽然不是以企业的名义签订合同，但其所签合同仍对该企业具有约束力的代理人。因此，即使代理人没有以被代理人的名义签订合同，只要该合同对被代理人有约束力，也认为该代理人具有以被代理人的名义签订合同的权力，从而被认定为常设机构。这主要是为了解决英美法系国家在隐名代理、不公开代理的情况下签订对被代理人具有约束力的合同同样有效而构成常设机构的问题。

对于《内地—香港税收安排》，应参照国税发［2010］75 号附件《中新协定条文解释》第五条第五款规定的口径来执行：“（二）对‘以该企业的名义签订合同’应做广义理解，包括不是以企业名义签订合同，但其所签合同仍对企业具有约束力的情形。‘签订’不仅指合同的签署行为本身，也包括代理人有权代表被代理企业参与合同谈判，商定合同条文等。（三）本款所称‘合同’是指与被代理企业经营活动本身相关的业务合同。如果代理人有权签订的是仅涉及企业内部事务的合同，例如，以企业名义聘用员工以协助代理人为企业工作等，则不能仅凭此认定其构成企业的常设机构。（四）对于‘经常’一语并无精确统一的标准，要结合合同性质、企业的业务性质以及代理人相关活动的频率等综合判断。在某些情况下，企业的业务性质决定了其交易数量不大，但合同签订的相关工作却要花费大量时间，如飞机、巨型轮船或其他高价值商品的销售。如果代理人为这类企业在一国境内寻找买商、参与销售谈判等，即使该人仅代表企业签订了一单销售合同，也应认为该代理人满足‘经常’标准，构成企业的非独立代理人。（五）所谓‘行使’权力应以实质重于形式的原则来理解。如果代理人在该缔约国另一方进行合同细节谈判等各项与合同签订相关的活动，且对企业有约束力，即使该合同最终由其他人在企业所在国或其他国家签订，也应认为该代理人在该缔约国另一方行使合同签署权力。（六）如果代理人在缔约国另一方的活动仅限于本条第四款的准备性或辅助性范围，则不构成企业的非独立代理人（或常设机构）。”

A 公司代表 X 公司负责合同谈判，商定合同条文，则合同的签订存在如下表五种情形：

情形	代理类型	法律约束力
A 公司以自己名义与 B 公司签订合同，并在签订合同时明示代理关系，但不公开被代理人 X 公司的身份	此种情形属于我国《合同法》第四百零二条规定①的“隐名代理”②	该合同直接约束 X 公司和 B 公司
A 公司以自己名义与 B 公司签订合同，在订立合同时，B 公司通过其他途径知道 A 公司为某人而行使代理，但不知道被代理人 X 公司的身份	此种情形属于我国《合同法》第四百零二条规定的“隐名代理”	该合同直接约束 X 公司和 B 公司
A 公司以自己名义与 B 公司签订合同，在订立合同时，明示代理关系及被代理人 X 公司的身份	此种情形应属于《民法通则》第六十三条③规定的显名代理④	该合同直接约束 X 公司和 B 公司
A 公司以自己名义与 B 公司签订合同，B 公司不知道存在代理关系	此种情形属于我国《合同法》第四百零三条⑤规定的“被代理人不公开的代理”⑥	该合同直接约束 A 公司和 B 公司，但 B 公司选择 X 公司的，则约束 X 公司

① 《合同法》第四百零二条规定：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”该条通常被认为是对“隐名代理”制度的规定。

② 笔者注：隐名代理（agency for an unnamed Principal），指不明示以被代理人名义，但明示为被代理人利益而表示意思或接受意思表示的代理。在这种情况下，代理人在订约时表示有代理关系存在、表明自己的代理人身份，公开被代理人的存在，但不指出被代理人的姓名。

③ 《民法通则》第六十三条规定：“代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为，被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。”该条规定即是显名代理（disclosed principle agency）制度的规定。

④ 笔者注：隐名代理与显名代理区别的关键在于，第三人是否确知本人的具体身份，而不在于表示代理意思的方式。本情形属于用默示的方式表达代理意思的显名代理。

⑤ 《合同法》第四百零三条规定：“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。”该条被视为“被代理人不公开的代理”或“不公开代理”制度的规定。

⑥ 笔者注：在英美法中，被代理人不公开的代理（undisclosed principle agency）是指，第三人在与代理人缔结法律关系时不知道存在被代理人的代理关系。在这种特殊的代理关系中，第三人认为代理人就是自己的合同对方当事人，是合同权利义务关系的承担者。

续　表

X 公司与 B 公司签订合同	此种情形应属于《民法通则》第六十三条规定的显名代理	该合同直接约束 X 公司和 B 公司

从上表的法律分析可以看出，合同的签订可以分为两大类别：一是，A 公司以自己名义与 B 公司签订合同；二是，X 公司直接与 B 公司签订合同。前者包括表中的前四种情形：对于前三种情形，无论是显名代理或是隐名代理，合同直接约束 X 公司和 B 公司；对于第四种情形，属于不公开代理，合同直接约束 A 公司和 B 公司，但 B 公司在发现被代理人 X 公司之后，享有选择权。即是说，它可以要求 X 公司或 A 公司中的任何一人履行合同债务，也可以向 X 公司或 A 公司提起诉讼（在考虑选择权的情形下，合同可约束 X 公司和 B 公司）；后者指第五种情形，属于显名代理，合同直接约束 X 公司和 B 公司。

因此，基于“与客户的合同主要由 A 公司业务员以邮件的方式同最终客户谈签，收付款通过在平安银行北京分行开立的离岸账户以网上银行方式进行交易结算”等事实，并且“合同”是指与 X 公司经营活动本身相关的业务合同，不属于“准备性或辅助性”范畴，亦满足“经常”和“行使”的要求，可以认定属于 A 公司代表 X 公司的显名代理或者隐名代理。根据税发［2010］75 号附件《中新协定条文解释》第五条第五款规定，本案例满足代理型常设机构中的“有权并经常行使这种权力以该企业的名义签订合同”的要求。

综上所述，A 公司构成香港 X 公司在中国境内的常设机构。

3. 中国是否对归属于常设机构 A 公司的营业利润具有征税权？

根据《内地—香港税收协定》第七条“营业利润”第一款的规定：“一方企业的利润应仅在该一方征税，但该企业通过设在另一方的常设机构在该另一方进行营业的除外。如果该企业通过设在该另一方的常设机构在该另一方进行营业，其利润可以在该另一方征税，但应仅以属于该常设机构的利润为限。”由于，X 公司通过在中国境内设立的常设机构 A 公司在中国进行营业，中国享有征税权，但仅以归属于 A 公司的利润为限（“利润归属原则”）。从本案例来看，几乎所有的 X 公司的利润皆属于归属于 A 公司的利润。需要注意的是，“归属于该常设机构的利润”不仅包括该常设机构取得的来源于中国境内的利润，还包括其在中国境外取得的与该常设机构有实际联系的所得（比如，本案例中来源于美国 B 公司的所得）。

4. 如何适用中国国内法?

根据《企业所得税法》第三条第二款的规定:“非居民企业在中国境内设立机构、场所的,应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得,以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得,缴纳企业所得税。”以及《企业所得税法实施条例》第五条第二款的规定:“非居民企业委托营业代理人在中国境内从事生产经营活动的,包括委托单位或者个人经常代其签订合同,或者储存、交付货物等,该营业代理人视为非居民企业在中国境内设立的机构、场所。”《企业所得税法实施条例》第八条规定:“企业所得税法第三条所称实际联系,是指非居民企业在中国境内设立的机构、场所拥有据以取得所得的股权、债权,以及拥有、管理、控制据以取得所得的财产等。”因此,A公司应按照25%的税率扣缴X公司在中国的企业所得税。

需要注意的是,前述的母子公司如何适用常设机构原则同样适用于作为跨国集团公司组成部分的公司。如果某个公司在一国支配并使用属于同一集团另一公司的厂房,它可能被认定为在该国构成常设机构。然而,在判断常设机构是否存在时,必须针对该集团的每个公司分别进行。因此,集团某一公司在一国设有常设机构与该集团的另一个公司是否存在该国设有常设机构并没有关系。但OECD范本(2010)注释特别强调:跨国公司集团的某一成员公司向另一成员公司提供服务(如管理服务),提供这种服务是其自身营业的一部分,并且是由其工作人员在不属于另一成员公司的厂房内履行。在这种情况下,用于提供服务的场所不在另一公司的支配之下,且通过该场所所实施的也并非另一公司的营业。因此,该场所不能被认定是接受服务的公司的常设机构。的确,某个公司自身在特定地点活动可能为另一公司的营业提供某种经济利益,但这一事实并不意味着另一公司通过那个地点从事自己的营业:一个公司不会仅因为购买在另一国某个公司制造的部件或提供的服务而设有常设机构,即使它可能从这些部件的制造或者这些服务的提供中受益。①

四、税收协定常设机构条款与其他条款的适用——常设机构条款优先原则

在税收协定中,如何处理常设机构与其他条款的关系亦是非常重要的事项。我们讲,常设机构的概念主要用于确定缔约国一方对缔约国另一方企业利润的

① Model Tax Convention on Income and on Capital 2010 (Full Version), Commentary on Article 5: Concerning the definition of permanent establishment, Para 42.

征税权。即，按此确定在什么情况下中国税务机关可以对缔约国另一方的企业征税。同时，在我国对外签订的税收协定的其他条款中对两者的适用进行了明确。譬如，《内地—香港税收安排》第十条“股息”第四款规定：“如果股息受益所有人是一方居民，在支付股息的公司是其居民的另一方，通过设在该另一方的常设机构进行营业，据以支付股息的股份与该常设机构有实际联系的，不适用本条第一款和第二款的规定。在这种情况下，适用第七条的规定。”该规定中的第七条即“营业利润”条款。根据第七条第一款的规定：“一方企业的利润应仅在该一方征税，但该企业通过设在另一方的常设机构在该另一方进行营业的除外。如果该企业通过设在该另一方的常设机构在该另一方进行营业，其利润可以在该另一方征税，但应仅以属于该常设机构的利润为限。”因此，概括地讲，“通常应遵循常设机构条款优先的原则。例如，若据以支付股息（第十条）、利息（第十一条）或特许权使用费（第十二条）的股权、债权、权利或财产等与常设机构有实际联系的，有关所得应该归属于常设机构的利润征税”。[①]

① 税发［2010］75 号附件《中新协定条文解释》第五条。

专题52：受益所有人的判定、税收征管与实践

内容概览

在税收协定股息、利息和特许权使用费等条款中，存在一个非常重要的概念，即“受益所有人”。依据税收协定前述条款的规定，只有取得缔约国一方所得的缔约国另一方居民在具有该所得受益所有人身份的情况下，才能在来源国享受协定规定的优惠税率，否则将按来源国的国内法进行征税。因此，是否可以享受税收协定税收优惠待遇，判定“受益所有人”是其关键。本专题包含如下内容：

■ 防范税收协定滥用及判定“受益所有人”的意义

■ 我国与“受益所有人”相关的税收法规及政策

■ 受益所有人的概念、判定及其考量因素

■ 受益所有人管理模式的改变：由“审批或备案制”改为“申报制”

一、防范税收协定滥用及判定“受益所有人”的意义

（一）滥用税收协定的主要方式

在国际税法实践中，滥用税收协定的方式主要包括如下三种：

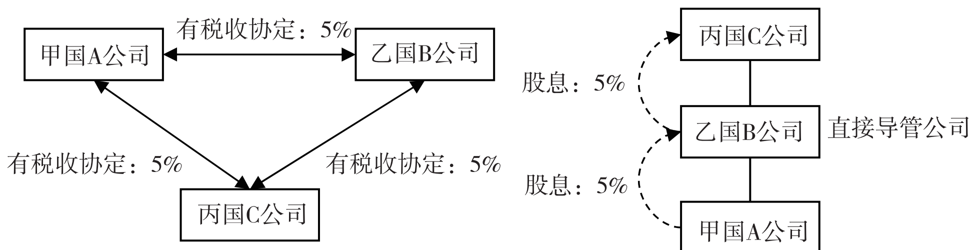
1. 设置“直接导管公司”（Direct Conduit Company）

所谓“直接导管公司”是指，为获取某一特定税收优惠待遇，而在某一缔约国中建立的一种具有居民身份的“中介”公司。让我们以下例来进行说明：

【例52-1】“直接导管公司”模式

假定，甲国与乙国签署有税收协定。根据协定，甲、乙两国相互对缔约国居民来源于本国的投资所得可享受5%的低税率优惠。又假定，丙国居民C公司，原计划在甲国设立子公司A，并通过A公司在甲国开展活动，但由于丙国与甲国未订有税收协定，因而C公司来自于甲国A公司的股息所得按甲国税法规定，须按30%的预提所得税税率缴税。在此种情况下，C公司为了减轻在甲

国投资所获取的所得的税负，作出了如下安排：不直接投资于甲国，而是通过设立在乙国的子公司B公司转而向甲国投资设立A公司。如此，乙国B公司来源于甲国的股息所得将只需按照甲、乙两国间的税收协定规定的5%的税率缴纳预提所得税，并在适当的时候，将所得再转移给在丙国的C公司（母公司），则C公司最终承担的税负就大大减轻了。有关架构图如下：



此外，投资人为从税收协定的滥用中获取逃避税收的更大利益，通常会考虑如下两个因素：一是，导管公司所在国所得税税率较低或者放弃对国外来源收入的征税权；二是，导管公司所在国与投资人居住国所签订税收协定对来源于本国的投资所得以较低的税率征税或免税。因此，避税港就成为了投资人设立导管公司的最理想之地。比如，对美国所签订的税收协定最明显的滥用就在于非协定受益人对美国与避税港所签订的税收协定的利用。

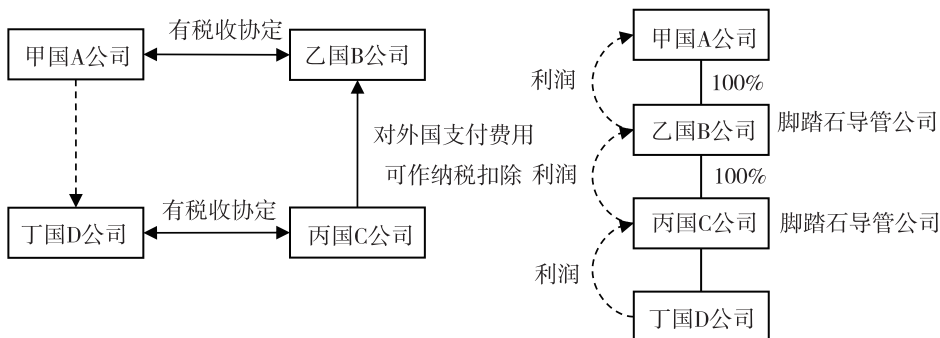
2. 设置“脚踏石导管公司”（Stepping Stone Conduit Company）

设置“脚踏石导管公司”涉及在两个以上的国家设立子公司来利用有关国家所签订的两个税收协定。它实际上是一种直接导管公司与转让定价、避税港相结合的避税手段，属于一种高级避税形式。其结果使当事人不仅获得了本来其没有资格享有的税收协定待遇，而且还可能获得缔约国国内的税收优惠。让我们以下例来进行说明：

【例52－2】“脚踏石导管公司”模式

假定，甲国与乙国签署有税收协定。根据协定，乙国对某些类型的公司实行税收优惠；在丙国，对向外国公司支付的费用可作为纳税扣除，而丙国与丁国签署有税收协定，对来源于丁国境内的所得可享受税收优惠。在此种情况下，甲国的A公司欲到丁国进行投资，可作出如下安排：在乙国设立一个全资控股的B公司，B公司绝大部分利润来源于向其全资控股的丙国C公司提供劳务，丙国C公司在丁国中实现利润。根据丙国和丁国间的税收协定，该所得可享受税收优惠待遇。这样来源于丁国的利润即可在几乎无任何成本的情形下转移到乙国。由于该利润在乙国可享受减税或免税，因而来源于丁国的所得最后在税

负较轻甚至无税负的条件下转移至甲国 A 公司手中。有关架构图如下：



在上例中，乙国 B 公司和丙国 C 公司犹如两块可供摆渡的“脚踏石”，因而被称为“脚踏石导管公司”。

3. 利用双边关系

除了上述两种方式之外，投资人还可以直接利用双边关系进行避税。共有两种做法：

一是，同一国控股公司，即利用两国之间签订的税收协定中给予的某些特殊优惠进行避税。如甲国和乙国之间签订的税收协定中规定，如果股息是由同一国内公司收到，则可对股息课以较低税率的税收。这样一来，甲国投资者 A 公司便可在乙国先组建一个全资控股公司 B，由公司 B 向乙国国内其他公司（如 C 公司）进行投资参股，这样甲国投资者便可获得本不应该获得的税收优惠；

二是，设置低股权控股公司，这种做法并不需要通过第三国迂回，而是将中介公司设在缔约国的某一方。由于一些国家对外签订的税收协定中有明确规定，缔约国一方居民向缔约国另一方居民公司支付股息、利息或特许权使用费享受协定优惠的必要条件是：该公司由同一外国投资者控制的股权不得超过一定比例（如全部股权的 8%）。针对这种要求，外国投资者可以精心组建外国低股权的控股公司，以谋求税收利益。

（二）防范滥用税收协定的双边措施

如前所述，税收协定除了避免国家间的双重征税以及防止逃税（习惯性表述为偷漏税）之外，还存在另外一个副作用，即是为跨国纳税人避税提供了可能。因此，如何在税收协定中处理逃税的防范措施就成为一个重要的课题。从国际税法实践来看，税收协定中的防范措施的表现形式众多，最主要的方法有

两种：透视法（the Look – through Approach）和渠道法（the Channel Approach）。

1. 透视法

所谓“透视法”是指能够享受税收协定优惠的纳税人，不再仅限于该纳税人是缔约国一方的居民，还要透过法律实体看其股东的居住国是否也为缔约国一方。这是较早见诸于税收协定的防范措施，通常规定在关于股息、利息、特许权使用费的条款中。譬如，中美双边税收协定第十条规定：“发生于缔约国一方而支付给缔约国另一方居民的利息……也可以在该利息发生的缔约国，按照该缔约国的法律征税。但是，如果收款人是该利息受益所有人，则所征税款不应超过利息总额的百分之十。”因此，支付利息公司所在的缔约国，只有在这笔利息的接受人是缔约方的居民，并且属于真正的“受益所有人”时，才接受对利息征税的限制税率。这一规定实质上是将税收协定优惠待遇限制适用于本身具有缔约国一方居民身份并且最终取得利息的受益所有人同样是缔约国居民的公司。因此，如果第三国居民企图在缔约国一方组建导管公司，以转移来源于缔约国另一方的利息所得，将无法享受优惠税率。

透视法是反导管融资的最直接手段之一，其基本法理是公司法上的“公司人格否认”原理，即不承认导管公司是一个具有独立纳税人格的法人实体。由于透视法从导管公司与第三国居民之间存在的实际控制关系为出发点，而直接导管公司安排中必然存在第三国居民对导管公司的实际控制关系，因此，透视法可有效地管制跨国并购融资中直接导管公司安排。应注意，正如有的国内学者认为：“并非所有存在实际控制关系的跨国连属企业中必然有滥用协定安排。如果仅仅以实际控制关系为标准，将导致反滥用制裁的过度利用。”[①] 最后，透视法可能无法完全有效地管制跨国并购融资中间接导管公司安排。

2. 渠道法

所谓“渠道法”是指缔约国任何一方居民支付给第三国居民的利息、股息、特许权使用费占其收入很大一部分，则这笔所得不能享受税收协定提供的优惠待遇。该方法主要是限制第三国居民在缔约国一方建立居民公司并利用两国之间缔结的税收协定规避税收。在实践中，一些第三国居民向其设在缔约国的导管公司名义上收取大量的费用，实为获得投资利润，通过这种安排，第三国居民得以享受协定优惠待遇，并最终获利，其导管公司的税负也因为大量费用支出冲减了应税所得而减轻。渠道法可以在相当程度上堵塞第三国居民上述转移

① 廖益新：《国际税法学》，北京大学出版社 2001 年版，第 369 页。

所得的渠道，进而起到防范滥用税收协定避税的作用。

渠道法的通常做法是限制导管公司所获得收入的使用途径与比例，使用途径与比例符合规定，则可享受税收协定中优惠待遇，否则不能享受税收协定中优惠待遇。OECD 建议在双边税收协定中采用下列渠道法条款：“当发生于缔约国一方的所得由缔约国另一方居民公司取得，并且，由不在该缔约国另一方居住的一个或多个人：①直接或间接或通过一个或多个公司，不论其为何国居民，以参股或其他形式拥有该公司的实质性利益；②直接或间接、单独或共同参与该公司的管理或控制；如果该项所得的 50% 以上用于满足该人（或该多个人）的债权主张（包括利息，特许权使用费，开发、广告、开办及差旅费，含无形财产、工艺等在内的任何形式经营财产的折旧），那么，本协定涉及的免税或减税条款应不适用。”①

在实践中，渠道法经常与透视法结合使用，即只有在查明第三国居民与缔约国居民公司存在实际控制关系时才能加以适用。在间接导管公司安排中，跨国纳税人通常将间接导管公司设立在与所得来源国存在双边税收协定的高税负国家，但是，间接导管公司以大量费用冲抵所得使税负降至最低。渠道法通过限定缔约国居民公司向非缔约国居民大量转移利息、股息等，从而有效地阻遏间接导管公司通过将被转移的利息、股息等所得作为税前费用列支而实现降低税负的避税机理。因此，渠道法可以有效地管制跨国并购融资中间接导管公司安排。

（三）受益所有人在防范滥用税收协定中的意义

毫无疑问，“透视法”的应用关键在于对“受益所有人”（“beneficial owner”）的认定上面。应该说，“受益所有人”最初的提出体现在 OECD 范本与 UN 范本的第十、十一、十二条中，主要用来针对降低利息、股息、债券的预提税税率条款，其主要目的在于限制协定对所得受益人的认定。以 OECD 范本为例，其第十一条规定，当来源地国对利息征收预提税时，如果收取利息的受益所有人是缔约国另一方的居民，则所征税款不得超过利息总额的 10%。这样，给予税收协定的优惠待遇时，就不仅仅是看利息的直接收取人，还要看最终收取人，也就是说，如果受益所有人并非税收协定缔约国的居民，即使利息的收取人是缔约国的居民，也不能享受限制税率优惠。

---

① OECD. Model Tax Convention on Income and Capital (Volume Ⅱ) [R]. OECD, 2010.

二、我国与“受益所有人”相关的税收法规及政策

由于 OECD 范本、UN 范本以及我国签署的各税收协定并没有对受益所有人给出明确的定义及其具体的操作指引，而留给各国国内法来予以完善。因此，我国税法为规范执行，陆续出台了针对受益所有人的税收法规和政策。笔者将其汇总如下表 52－1：

表 52－1：受益所有人税收法规汇集

序号	文号	税收法规、文件名称	效力
1	国税函［2007］403 号	国家税务总局关于《内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排》有关条文解释和执行问题的通知	相关内容废止①
2	国税函［2009］81 号	《国家税务总局关于执行税收协定股息条款有关问题的通知》	有效
3	国税函［2009］601 号	国家税务总局关于如何理解和认定税收协定中“受益所有人”的通知	有效
4	国税发［2009］124 号	国家税务总局关于印发《非居民享受税收协定待遇管理办法（试行）》的通知	全文废止②
5	国税函［2010］290 号	国家税务总局关于《非居民享受税收协定待遇管理办法（试行）》有关问题的补充通知	全文废止②
6	国税发［2010］75 号	国家税务总局关于印发《中华人民共和国政府和新加坡共和国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定》及议定书条文解释的通知	有效
7	国家税务总局公告 2012 年第 30 号	国家税务总局关于认定税收协定中“受益所有人”的公告	有效
8	国家税务总局公告 2012 年第 59 号	国家税务总局发布《国家税务总局关于税收协定中财产收益条款有关问题的公告》	有效
9	国家税务总局公告 2013 年第 53 号	《国家税务总局关于执行〈内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排〉有关居民身份认定问题的公告》	全文废止②
10	税总函［2013］165 号	国家税务总局关于湖北等省市国家税务局执行内地与香港税收安排股息条款涉及受益所有人案例的处理意见	有效

续 表

11	国家税务总局公告2014 年第 24 号	国家税务总局关于委托投资情况下认定受益所有人问题的公告	有效
12	国家税务总局公告2015 年第 60 号	国家税务总局关于发布《非居民纳税人享受税收协定待遇管理办法》的公告	有效
13	税总发［2015］128 号	非居民纳税人享受税收协定待遇管理规程（试行）	有效

注：①依据国家税务总局关于发布《非居民纳税人享受税收协定待遇管理办法》的公告（国家税务总局公告 2015 年第 60 号），该法规的相应内容废止。即：“对要求享受《安排》待遇的香港居民，尤其是涉及构成其他国家（地区）居民个人或在香港以外地区成立的居民法人，应慎重执行《安排》规定。对其居民身份判定不清的由县以上主管税务机关向上述居民开具《关于请香港特别行政区税务主管当局出具居民身份证明的函》，由纳税人据此向香港税务局申请为其开具香港居民身份证明（身份证明表样附后），或将情况报送税务总局审定。”自 2015 年 11 月 1 日起废止；

②依据国家税务总局关于发布《非居民纳税人享受税收协定待遇管理办法》的公告（国家税务总局公告 2015 年第 60 号），该等法规自 2015 年 11 月 1 日起全文废止。

对于上述法规，国税函［2007］403 号明确了如何认定香港居民身份以及取得相关证明资料的问题，但随着国家税务总局公告 2015 年第 60 号的颁布，相关规定将于 2015 年 11 月 1 日废止；国税函［2009］81 号明确了纳税人需要享受股息条款规定的税收协定待遇应符合的条件以及税务机关的特别纳税调整的权力；国税函［2009］601 号对“受益所有人”、“导管公司”的定义进行了明确，同时还确立了认定的“实质重于形式”原则以及不利于申请认定“受益所有人”身份的七项考量因素；国税发［2010］75 号主要对享受股息、利息和特许权使用费待遇的相关条款进行了解释和明确；国家税务总局公告 2012 年第 30 号主要对国税函［2009］601 号进行了补充规定，对一些实务中出现的问题进行了规范和澄清。国家税务总局公告 2012 年第 59 号主要对财产收益条款有关问题进行了明确；税总函［2013］165 号对受益所有人的认定作出了一些明确；国家税务总局公告 2014 年第 24 号对委托投资情况下认定受益所有人问题进行了明确；国家税务总局公告 2015 年第 60 号废止了国税发［2009］124 号、国税函［2010］290 号和国家税务总局公告 2013 年第 53 号，对整体上非居民纳税人

享受税收协定待遇进行了规范。同时，税总发［2015］128 号则是税务机构对执行国家税务总局公告 2015 年第 60 号的有关规程的规定。

三、受益所有人的概念、判定及其考量因素

（一）受益所有人的概念

尽管 OECD 范本、UN 范本几乎是所有国家签订双边税收协定的参照标准，OECD 范本、UN 范本也提出了“受益所有人”的确定问题，但并没有给出一个明确的定义或解释，而给予各国对该概念理解的自由裁量权。因此，“受益所有人”需要由各国通过谈判及其国内法来具体确定。

从我国税法的规定来看，对受益所有人的概念作出明确规定的是《国家税务总局关于如何理解和认定税收协定中“受益所有人”的通知》（国税函［2009］601 号，下称“601 号文”）。根据 601 号文第一条的规定：“‘受益所有人’是指对所得或所得据以产生的权利或财产具有所有权和支配权的人。‘受益所有人’一般从事实质性的经营活动，可以是个人、公司或其他任何团体。代理人、导管公司等不属于‘受益所有人’。”其中，“导管公司”是指“通常以逃避或减少税收、转移或累积利润等为目的而设立的公司。这类公司仅在所在国登记注册，以满足法律所要求的组织形式，而不从事制造、经销、管理等实质性经营活动”。尽管 601 号文并没有对代理人作出解释，但按照一般法律原理，代理人是指根据代理权，以被代理人的名义，并为被代理人的利益与第三人进行代理行为的公民或法人。

（二）受益所有人的判定及其考量因素

对受益所有人的判定作出规定的法规主要包括前述的 601 号文、《国家税务总局关于认定税收协定中“受益所有人”的公告》（国家税务总局公告 2012 年第 30 号，下称“30 号公告”）、《国家税务总局关于湖北等省市国家税务局执行内地与香港税收安排股息条款涉及受益所有人案例的处理意见》（税总函［2013］165 号，下称“165 号文”）、《国家税务总局关于委托投资情况下认定受益所有人问题的公告》（国家税务总局公告 2014 年第 24 号，下称“24 号公告”）、《国家税务总局关于发布〈非居民纳税人享受税收协定待遇管理办法〉的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 60 号，下称“60 号公告”）。

1. 受益所有人判定原则——“实质重于形式”原则

自新的《企业所得税法》及其实施条例施行以后，为了享受税收优惠，一

些公司（特别是跨国集团公司）纷纷采取“导管公司”的办法来避税。鉴于此，国家税务总局颁布了《国家税务总局关于执行税收协定股息条款有关问题的通知》（国税函［2009］81 号文，下称“81 号文”），81 号文规定“可享受税收协定待遇的纳税人应是相关股息的受益所有人”①以及“该对方税收居民直接拥有该中国居民公司的资本比例，在取得股息前连续 12 个月以内任何时候均符合税收协定规定的比例”②才能申请协定待遇。601 号文进一步明确了“受益所有人”的概念以及判定的“实质重于形式”原则。该文第二条规定：“在判定‘受益所有人’身份时，不能仅从技术层面或国内法的角度理解，还应该从税收协定的目的（即避免双重征税和防止偷漏税）出发，按照‘实质重于形式’的原则，结合具体案例的实际情况进行分析和判定。”

2. 判定受益所有人的考量因素

601 号文同时列举了不利于对申请人“受益所有人”身份的认定的七项因素。该文第二条规定：“一般来说，下列因素不利于对申请人‘受益所有人’身份的认定：（一）申请人有义务在规定时间（比如在收到所得的 12 个月）内将所得的全部或绝大部分（比如 60% 以上）支付或派发给第三国（地区）居民。（二）除持有所得据以产生的财产或权利外，申请人没有或几乎没有其他经营活动。（三）在申请人是公司等实体的情况下，申请人的资产、规模和人员配置较小（或少），与所得数额难以匹配。（四）对于所得或所得据以产生的财产或权利，申请人没有或几乎没有控制权或处置权，也不承担或很少承担风险。（五）缔约对方国家（地区）对有关所得不征税或免税，或征税但实际税率极低。（六）在利息据以产生和支付的贷款合同之外，存在债权人与第三人之间在数额、利率和签订时间等方面相近的其他贷款或存款合同。（七）在特许权使用费据以产生和支付的版权、专利、技术等使用权转让合同之外，存在申请人与第三人之间在有关版权、专利、技术等的使用权或所有权方面的转让合同。”

这一系列的不利因素的规定，其中心意图在于判断收取股息等利益的收取人并不构成代理人或导管公司。因此，企业在设立境外投资中间控股公司时，考虑开展一些实质性经营活动并相应地配备必要的资产和人员显得很有必要，将有助于认定为受益所有人。

2012 年 6 月颁布并实施的 30 号公告作为 601 号文的补充规定对一些实务中出现的问题进行了规范和澄清。主要包括如下几点：

---

① 81 号文第二条第二款第（二）项。

② 81 号文第三条第（三）项。

一是，重申在判定缔约对方居民的受益所有人身份时，应按照601号文第二条规定的各项因素进行综合分析和判断，不应仅因某项不利因素的存在，或者第一条所述“逃避或减少税收、转移或累积利润等目的”的不存在，而做出否定或肯定的认定。

二是，申请人通过代理人或指定收款人等（以下统称代理人）代为收取所得的，无论代理人是否属于缔约对方居民，都不应据此影响对申请人受益所有人身份的认定，但代理人应向税务机关声明其本身不具有受益所有人身份。该规定即是所谓的“代理人”规则，该规则使得采用合伙、信托以及合格境外机构投资者（QFII）等特殊载体形式的实际受益所有人可以以自己的名义，而非以合伙企业等特殊载体（代理人）名义申请税收协定的优惠待遇提供了利好消息。① 需要注意的是，30号公告并没有对何谓“代理人”或“指定收款人”进行定义。

三是，明确了享受税收协定优惠待遇的“安全港”规则。该规则规定，申请享受协定待遇的缔约对方居民（以下简称申请人）从中国取得的所得为股息的，如果其为在缔约对方上市的公司，或者其被同样为缔约对方居民且在缔约对方上市的公司100%直接或间接拥有（不含通过不属于中国居民或缔约对方居民的第三方国家或地区居民企业间接持有股份的情形），且该股息是来自上市公司所持有的股份的所得，可直接认定申请人的受益所有人身份。该规则大大简化了认定程序。

【例52－3】“受益所有人”判定的“安全港”规则

情形一：假定，A公司系中国居民上市公司，B公司系香港联交所上市公司，B公司系A公司的股东，则当A公司向B公司分配股息、红利时，B公司可以依据“安全港”规则直接认定为“受益所有人”；

情形二：基本事实同情形一，除了后述事实：B公司系香港居民企业，其100%控股母公司C公司系香港联交所上市公司，则当A公司向B公司分配股息、红利时，B公司可以依据“安全港”规则直接认定为“受益所有人”；

情形三：基本事实同情形二，除了后述事实：B公司系香港居民企业，其100%控股母公司为香港居民企业C公司（非上市公司），C公司的100%控股母公司D公司系香港联交所上市公司，则当A公司向B公司分配股息、红利时，B公司可以依据“安全港”规则直接认定为“受益所有人”；

① 笔者注：读者还可以参阅《国家税务总局关于委托投资情况下认定受益所有人问题的公告》（国家税务总局公告2014年第24号）的相关规定。

情形四：基本事实同情形二，除了后述事实：B公司系香港居民企业，其100%控股母公司为香港居民企业C公司（非上市公司），C公司的股东包括持股60%的控股母公司D公司（香港联交所上市公司）和持股40%的设立在日本的居民企业E公司，E公司由D公司100%控股。则当A公司向B公司分配股息、红利时，尽管香港上市D公司间接100%控股B公司，但由于D公司通过第三方国家日本的E公司间接持有40%的股权，不符合“安全港”规则，不能直接认定为“受益所有人”，但这并不意味着对B公司“受益所有人”身份的必然否定。

除了上述规定之外，165号文尽管只是针对内地与香港税收安排股息条款涉及受益所有人案例的处理意见的函复，但代表了国家税务总局的官方意见、认识和立场，具有很高的参照价值。因此，165号文为我们在实践中如何应用601号文和30号公告对股息分配“受益所有人”进行判断提供了实践指引。笔者将“受益所有人”判定的考虑因素的实践指南归集、总结如下表52－2：

表52－2：受益所有人判定指南

文号及条款	考量因素	判定指南
601号文第二条第一款第（一）项	申请人有义务在规定时间（比如在收到所得的12个月）内将所得的全部或绝大部分（比如60%以上）支付或派发给第三国（地区）居民	应要求申请人提供反映其利润分配情况，以及其与控股公司间权利与义务的相关资料，包括具有法律效力的企业章程、与控股公司间相关合同、协议或公司决议等。受理机关据此分析申请人提请享受《安排》待遇的股息是否存在国税函［2009］601号文件第二条第一款第（一）项所列情形。 如果申请人不存在向非香港居民企业分配利润的情况，则不构成本项所指的不利因素。
601号文第二条第一款第（二）项	除持有所得据以产生的财产或权利外，申请人没有或几乎没有其他经营活动	申请人从事国税函［2009］601号文件第二条第一款第（二）项所述“持有所得据以产生的财产或权利”的投资类活动，应属于经营活动。 构成本项所列不利因素的“没有或几乎没有其他经营活动”，是指申请人除拥有单个投资项目外，再无其他投资项目或其他不同类型经营活动[①]。 对于为单个项目所设立的投资公司，不能仅以此一项不利因素，否定其受益所有人身份，还要结合其他因素综合判定。

续　表

601 号文第二条第一款第（三）项	在申请人是公司等实体的情况下，申请人的资产、规模和人员配置较小（或少），与所得数额难以匹配	分析申请人资产是否与所得数额匹配时，应当综合分析申请人的资产情况，不应将“资产”等同于注册资本。对注册资本过低的申请人应结合其资金来源、投资风险承担等情况分析其资产与所得数额是否匹配。 分析申请人的人员配置与所得数额是否匹配时，应当着重分析和审查其人员的职责与工作实质（申请人应提供相关情况），不应仅依据人员数量及人员费用的支付与否等做出判断。
601 号文第二条第一款第（四）项	对于所得或所得据以产生的财产或权利，申请人没有或几乎没有控制权或处置权，也不承担或很少承担风险	判断申请人对于所得或所得据以产生的财产或权利是否有控制权或处置权，是否承担风险及承担风险的程度时，应当从三个方面进行分析：一是公司章程等相关法律文件是否有授予申请人相关控制权或处置权的规定；二是申请人是否发生过相关控制或处置的行为，例如申请人作为投资公司，是否将所分得的股息用于项目投资、配股、转增股本、企业合并、收购及风险投资等资本运作活动；三是已发生的相关处置行为是否出自申请人自主做出的决定，例如申请人自身股东会或董事会决议等。 不能仅因申请人的股权受控于上一级公司而否定申请人对所得的控制权或处置权。
601 号文第二条第一款第（五）项	缔约对方国家（地区）对有关所得不征税或免税，或征税但实际税率极低	考虑到内地与香港间的实际情况，香港实行的境外所得不征税的来源地征税原则不作为不利于受益所有人身份判定的关键因素。判定时应结合申请人在香港的税务申报情况，以及香港税收法律的实际进行具体分析。
601 号文第二条第一款第（六）项	在利息据以产生和支付的贷款合同之外，存在债权人与第三人之间在数额、利率和签订时间等方面相近的其他贷款或存款合同	应通过公司章程、公司财务报表、资金流向记录、董事会会议记录、董事会决议、相关利息费用支出、贷款合同等资料进行分析和认定。

续 表

601 号文第二条第一款第（七）项	在特许权使用费据以产生和支付的版权、专利、技术等使用权转让合同之外，存在申请人与第三人之间在有关版权、专利、技术等的使用权或所有权方面的转让合同	应通过公司章程、公司财务报表、资金流向记录、董事会会议记录、董事会决议、相关特许权使用费用支出、特许权使用合同或转让合同、专利注册证书、版权所属证明等资料进行分析和认定。
30 号公告第三条	“安全港”规则	对下列情形中申请人的受益所有人身份判定，应依据已有规定并参考本文件各项内容进行，国家税务总局公告 2012 年第 30 号第三条规定不应理解成对下列情形中申请人的受益所有人身份的否定。 （一）申请人被非上市的香港居民公司 100% 直接或间接拥有； （二）申请人与最终控股的香港公司之间存在海外注册的公司。
30 号公告第四条	“代理人”规则	应通过公司章程、代理合同或指定收款合同以及代理人向税务机关作出的其本身不具有受益所有人身份的声明等资料进行分析和认定。

注：①601 号文第二条第一款第（二）项强调了受益所有人必须从事实质性经营活动，对于那些仅从事投资业务或者仅取得消极所得的 PE/VC、QFII 或者资产证券化的 SPV 等并不从事制造、经销或者服务等实际经营活动的特殊目的实体而言，是否可以成为受益所有人带来了挑战。165 号第二条的实践指南明确了对此类情形的处理意见。

3. 关于委托投资情形下受益所有人的判定

实践中，非居民委托境外投资机构投资居民企业股权、债权取得的收益，根据我国政府对外签署的避免双重征税协定，可以减轻或者免除按照国内税收法律规定应该履行的纳税义务，即不缴或少缴非居民企业所得税或个人所得税。

一般来说，非居民委托境外投资机构投资，受托方收取的费用或取得的报酬与投资收益无关，比如双方约定委托投资 100 万元，无论是赚钱还是亏损，都要给投资机构 5 万元费用或报酬。税收政策规定，这种情况非居民可以申请享受协定待遇，减轻或免除纳税义务；但如果双方约定，非居民委托投资 100 万元，投资收益分成，亏损则减少费用或报酬，则费用或报酬与投资收益有关，该部分费用或报酬不得享受税收协定待遇。

现在境外投资机构层层委托投资的情况比较普遍，比如甲公司收集众多非居民委托投资再委托乙公司，乙公司又把众多类似甲公司投资收集起来再委托丙公司，而最后由丁公司直接投资，然后逆向返还投资收益，每个层级受托方收取的费用或报酬到底与投资收益是否有关、谁是委托投资受益所有人比较难以界定，直接影响投资人是否享受税收协定待遇。

为了较好地解决这个问题，2014 年 4 月 23 日，税务总局出台 24 号公告，界定了委托投资定义，非居民委托投资申请享受税收协定待遇应提供的资料，对不同情形资料审核后的处理方法，以及后续管理措施，使委托投资受益所有人判定标准得以清晰。

（1）委托投资的定义

24 号公告第一条对“委托投资”做出了明确的定义：“本公告所称‘委托投资’是指非居民将自有资金直接委托给境外专业机构用于对居民企业的股权、债权投资，其中的‘境外专业机构’指经其所在地国家或地区政府许可从事证券经纪、资产管理、资金以及证券托管等业务的金融机构。在委托投资期间，境外专业机构将受托资金独立于其自有资金进行专项管理。境外专业机构根据相应的委托或代理协议收取服务费或佣金。受托资金的投资收益和风险应由该非居民取得和承担。”从前述定义可以看出，委托投资最大的特点是应由非居民取得投资收益并承担投资风险，境外专业机构一般仅就其提供的委托投资服务收取服务费或佣金，但不承担投资风险。

（2）非居民申请享受税收协定待遇应提交的资料

24 号公告第二条明确了非居民通过委托投资取得投资收益提出享受税收协定待遇申请时应向税务机关提供以下资料：“（一）投资链条各方（包括该非居民、投资管理人或投资经理、各级托管人、证券公司等）签署的与投资相关的合同或协议，以及能够说明投资业务的其他资料，资料内容应包括委托投资本金来源和组成情况以及各方收取费用或取得所得的约定；（二）投资收益和其他所得逐级返回至该非居民的信息和凭据，以及对所得类型认定与划分的说明资料；（三）税务机关为认定受益所有人所需要的其他资料。”

（3）非居民申请享受税收协定待遇区分所得类型处理

24 号公告第三条明确了税务机关应对非居民提交的资料进行审核，并区分所得类型进行处理：

“（一）如果投资收益的所得类型为股息或利息，该所得在逐级返回至该非居民的过程中所得性质未发生改变，且有凭据证明该所得实际返回至该非居民，

则可以认定该非居民为该笔所得的受益所有人，能够享受税收协定相应条款规定的待遇；

（二）如果投资链条上除该非居民以外的各方收取的费用或取得的报酬与股息、利息有关，则该非居民不是该部分费用或报酬的受益所有人，该部分费用或报酬不得享受税收协定股息和利息条款规定的待遇；

（三）如果投资收益的所得类型为财产收益，或其他不适用受益所有人规则的所得类型，则应按税收协定相应条款的规定处理。”

需要注意的是如果投资链条上除非居民以外的各方收取的费用或取得的报酬与投资收益有关的情况应如何处理？上述的第（二）项明确，委托投资情况下，投资链条上除非居民以外的各方收取的费用或取得的报酬一般与投资收益无关，但如其费用或报酬与投资收益有关，则该部分费用或报酬不得享受税收协定待遇。非居民可就其取得的投资收益部分申请享受协定待遇，进而按照24号公告规定对其受益所有人身份进行判定。

四、受益所有人管理模式的改变：由“审批或备案制”改为“申报制”

2015年8月27日，国家税务总局发布了《国家税务总局关于发布〈非居民纳税人享受税收协定待遇管理办法〉的公告》（国家税务总局公告2015年第60号，下称“60号公告”），自2015年11月1日起生效执行。60号公告对非居民纳税人享受税收协定待遇的管理制度作出了重大改变——由“审批或备案制”改为“申报制”，这必然对非居民纳税人如何享受协定待遇以及税务机关如何进行后续管理带来极大的影响。

（一）政策出台背景

2015年5月10日，国务院发布《国务院关于取消非行政许可审批事项的决定》（国发［2015］27号）取消了原《国务院办公厅关于保留部分非行政许可审批项目的通知》（国办发［2004］62号）保留的非居民享受税收协定（含与港澳台协议）待遇审批［《非居民享受税收协定（含与港澳台协议）待遇审批》（国税发［2009］124号）］。[①] 为贯彻落实国发［2015］27号文的规定，国家税务总局对国税发［2009］124号进行了全面修订并发布了60号公告。

① 参见国发［2015］27号附件1“国务院决定取消的非行政许可审批事项目录”第45项。

（二）非居民纳税人享受协定待遇管理办法的主要变化

1. “审批或备案制”改为“申报制”

在原国税发［2009］124 号文下，对于非居民纳税人享受协定待遇分情形而采用审批或备案的管理模式，而 60 号公告则取消了国税发［2009］124 号文对非居民纳税人享受税收协定股息、利息、特许权使用费、财产收益条款的行政审批，以及对税收协定常设机构以及营业利润、独立个人劳务、非独立个人劳务（受雇所得）以及前述项目及实行行政审批以外的其他税收协定条款实行的备案制，统一为“申报制”（“自行申报”或“扣缴申报”）。“申报制”的基本模式是：非居民纳税人自行申报的，自行判断是否符合享受协定待遇条件，如实申报并向主管税务机关报送相关报告表和资料。在源泉扣缴和指定扣缴情况下，非居民纳税人自行判断符合享受协定待遇条件，需要享受协定待遇的，应主动向扣缴义务人提出并提供相关报告表和资料。对符合享受协定待遇条件的非居民纳税人，扣缴义务人依协定规定扣缴，并将相关报告表和资料转交主管税务机关。非居民纳税人应享受而未享受协定待遇的，可向主管税务机关申请退税。税务机关将对享受协定待遇的非居民纳税人和扣缴义务人实施后续管理。笔者将有关具体变化总结如下表 52－3：

表 52－3：非居民纳税人享受税收协定管理模式的变化

<table>
<tr><th colspan="2">国税发［2009］124 号</th><th>60 号公告</th></tr>
<tr><td colspan="2">“审批或备案制”：第 3 条：“非居民需要享受税收协定待遇的，应按照本办法规定办理审批或备案手续。凡未办理审批或备案手续的，不得享受有关税收协定待遇。”</td><td>“申报制”：第 3 条：“非居民纳税人符合享受协定待遇条件的，可在纳税申报时，或通过扣缴义务人在扣缴申报时，自行享受协定待遇，并接受税务机关的后续管理。”</td></tr>
<tr><td>审批制度</td><td>第 7 条：税收协定股息、利息、特许权使用费、财产收益条款。</td><td rowspan="2">第 8 条：（1）税收协定独立个人劳务、非独立个人劳务（受雇所得）、政府服务、教师和研究人员、学生条款待遇的，应当在首次取得相关所得并进行纳税申报时，或者由扣缴义务人在首次扣缴申报时，报送相关报告表和资料。（2）税收协定常设机构和营业利润、国际运输、股息、利息、特许权使用费、退休金条款待遇，或享受国际运输协定待遇的，应当在有关纳税年度首次纳税申报时，或者由扣缴义务人在有关纳税年度首次扣缴申报时，报送相关报告表和资料。（3）非居民纳税人享受税收协定财产收益、演艺人员和运动员、其他所得条款待遇的，应当在每次纳税申报时，或由扣缴义务人在每次扣缴申报时，向主管税务机关报送相关报告表和资料。</td></tr>
<tr><td>备案制度</td><td>第 11 条：税收协定常设机构以及营业利润、独立个人劳务、非独立个人劳务条款以及除前述三项和实行审批的税收协定条款以外的其他税收协定条款。</td></tr>
</table>

需要注意的是，60 号公告第八条将原国税发［2009］124 号文实行审批或备案的税收协定条款改变为申报制，并针对不同的条款明确了报送相关报告表和资料的时间要求。

2. 简化报送资料

60 号公告第七条简化了非居民纳税人享受协定待遇时需要报送的报告表和资料。包括：(1)《非居民纳税人税收居民身份信息报告表》；(2)《非居民纳税人享受税收协定待遇情况报告表》；(3) 由协定缔约对方税务主管当局在纳税申报或扣缴申报前一个公历年度开始以后出具的税收居民身份证明等；(4) 与取得相关所得有关的合同、协议、董事会或股东会决议、支付凭证等权属证明资料；(5) 其他税收规范性文件规定非居民纳税人享受特定条款税收协定待遇或国际运输协定待遇应当提交的证明资料。除核心证明和资料外，其他资料信息采集的方式调整为由非居民纳税人填写信息报告表，这将大大减轻非居民纳税人的资料提供负担。同时，在其附件中对需要填报的报告表进行了规范。

从该等格式报表可以看出，非居民纳税人仅需填写适用于自身情况的《非居民纳税人税收居民身份信息报告表》(下称"《税收居民身份信息报告表》") 和《非居民纳税人享受税收协定待遇情况报告表》(下称"《享受税收协定待遇情况报告表》") 两张信息报告表。譬如，对于非居民企业纳税人，其取得来源于我国的股息、利息、特许权使用费所得的，仅需填写《税收居民身份信息报告表》和附件 3：《非居民纳税人享受税收协定待遇情况报告表（企业所得税 A 表)》。若属于享受税收协定常设机构和营业利润条款待遇的非居民企业纳税人，则需填写《税收居民身份信息报告表》和附件 5：《非居民纳税人享受税收协定待遇情况报告表（企业所得税 B 表)》。

3. 细化自行申报和扣缴申报前期管理以及加强后续管理

改为申报制后，税务机关对非居民纳税人享受协定待遇的监管将向事中和事后转移。尽管如此，细化和加强自行申报和扣缴申报的前期管理也必不可少。非居民纳税人填报的信息报告表与纳税申报或扣缴申报主表之间的填报信息可以提供判定的标准，这两张表之间亦存在钩稽关系。譬如，《税收居民身份信息报告表》"三、扣缴义务人使用信息"之"3. 请引述非居民纳税人构成缔约对方税收居民的缔约对方国内法律依据"和"4. 请简要说明非居民纳税人构成缔约对方税收居民的事实情况"等内容将有助于税务机关提前判定非居民纳税人是否符合享受协定待遇的条件。同时，"四、税务机关管理使用信息"之"*9. 享受税收协定股息、利息、特许权使用费、财产收益条款税收协定待遇的非居

民纳税人，请填写直接或间接持有本企业权益额达到10%以上的股东情况（请全部列明）”强化了在中国取得所得的股东相关信息，便利于“受益所有人”的判定。当然，60号公告还强调了税务机关应加强对非居民纳税人享受协定待遇的后续管理，准确执行税收协定和国际运输协定，防范税款流失风险。但具体如何加强后续管理，仍需关注税务机关后续管理规程的出台。

（三）改为“申报制”后的影响和管理难题

60号公告改变非居民纳税人享受协定待遇的管理模式之后，必然对非居民纳税人、扣缴义务人以及税务机关的管理带来影响。笔者认为，需要注意如下几个方面的事项：

第一，税务机关应强化前期信息的收集、整理，加强非居民纳税人投资合同、股权投资的登记信息、借款协议和特许权使用合同等信息的收集和共享；

第二，对协定国与我国税收协定中有特殊税收优惠的国家或地区进行排序、建立重点税源监控指引，便于在第一时间做出合理判断和认定；

第三，被60号公告废止的2013年第53号公告①实质是对香港居民身份的认定程序、香港税务局开具居民身份证明的程序以及香港居民身份证明书的认定的规定。根据该文规定，我国目前“受益所有人”认定的管理环节部分由香港税务主管当局来予以承担。但随着53号公告的废止，提供香港居民身份证明的程序安排如何执行，是值得后续关注的事项；

第四，一般反避税管理的问题。对于非居民滥用税收协定取得本不应取得的税收利益，按照《特别纳税调整实施办法（试行）》（国税发［2009］2号）②第十章“一般反避税管理”第九十二条、九十三条以及《一般反避税管理办法（试行）》（国家税务总局令第32号）的规定，税务机关可以对纳税人滥用税收协定启动一般反避税管理，对不符合协定“受益所有人”条件的非居民纳税人已经取得的股息、利息、特许权使用费以及财产收益等，通过一般反避税调查等后续管理手段，来弥补由于审批或备制改申报制带来的协定利益不当获取等情况。但是，我们注意到，由于非居民纳税人已经获得了相关税收协定利益，事后的一般反避税管理需要来自其他国家的合作和非居民纳税人的配合，这无疑加

① 《国家税务总局关于执行〈内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排〉有关居民身份认定问题的公告》。

② 笔者注：2015年9月17日，国家税务总局发布了《特别纳税调整实施办法》征求意见稿，拟对现行《特别纳税调整实施办法（试行）》（国税发［2009］2号）进行全面修订。请读者予以关注。

大了执行难度，这也是未来税务机关如何开展后续管理需要高度关注的问题。

60号公告系为了贯彻国发［2015］27号简政放权的要求而出台的管理办法。从非居民纳税人视角，简化了程序，提高了效率。但从反税收协定滥用的视角，鉴于我国对反税收协定滥用以及税收协定法规、监管程序等方面还有待完善和加强，事后的管理（包括一般反避税管理）如何得以执行和落地，从而防止国家税收的流失，无疑对税务机关的后续管理能力提出了更高的要求。

（四）非居民纳税人享受税收协定待遇管理规程——税总发［2015］128号

2015年10月29日，国家税务总局发布了《国家税务总局关于印发〈非居民纳税人享受税收协定待遇管理规程（试行）〉的通知》（税总发［2015］128号，下称“128号文”），该文配套60号公告于2015年11月1日起施行。从128号文的规定来看，我们可以发现税务机关如何加强事中和事后的管理。主要包括如下措施：

第一，强调申报时的相关信息采集。128号文第二条规定，非居民纳税人在纳税申报或通过扣缴义务人扣缴申报时，自行享受协定待遇的，主管税务机关要在受理纳税申报或扣缴申报环节做好享受协定待遇相关信息采集，并进行事中风险控制；

第二，明确了有关抽查制度及抽查时重点审核的内容。128号文第三条规定，主管税务机关应对非居民纳税人提交的享受协定待遇相关申报信息、报告表和资料进行抽查，审核非居民纳税人是否符合享受协定待遇条件，抽查对象应重点涵盖来自实际税率较低的国家（地区）、信用不良或享受协定优惠金额较大的非居民纳税人：（一）非居民纳税人享受税收协定股息、利息、特许权使用费或财产收益条款待遇的，于季度终了3个月内对该季度享受税收协定待遇情况进行抽查，同一条款的抽查比例不低于该季度享受该条款待遇非居民纳税人户数的30%。（二）非居民纳税人享受税收协定其他条款待遇的，于季度终了6个月内对该季度享受税收协定待遇情况进行抽查，同一条款的抽查比例不低于该季度享受该条款待遇非居民纳税人户数的10%。

128号文第四条规定，主管税务机关对非居民纳税人享受协定待遇的相关申报信息、报告表和资料进行审核时，应重点审核以下内容：（一）税收居民身份证明是否符合规定要求，是否存在双重税收居民身份的情况；（二）申报所得类型及适用协定条款是否正确，非居民纳税人是否符合享受协定待遇条件；（三）税款金额计算是否正确；（四）是否存在滥用税收协定的风险。

第三，建立各税务机关信息共享和协调机制。128 号文第五条规定，在非居民纳税人享受协定待遇后续管理工作中，各级税务机关之间（含国税机关与地税机关之间，以及跨地区税务机关之间）应相互支持、协作，努力实现信息共享。

同一非居民纳税人在我国多地享受同一条款协定待遇，主管税务机关之间跨省或分别属于国税部门、地税部门的，一地主管税务机关在后续管理过程中发现该非居民纳税人不符合享受协定待遇条件并作出补税决定的，应在 30 日内将案件情况及不符合享受协定待遇理由层报省税务机关，由省税务机关之间沟通协调。作出补税决定后 90 日内各地无法达成一致的，补税地所在省税务机关应填写《不应享受协定待遇追征税款案件情况简表》，上报国家税务总局，由国家税务总局决定并通知各地统一执行。

第四，建立不当享受协定待遇信用档案管理制度。128 号文第七条规定，省税务机关应对非居民纳税人不当享受协定待遇的情况进行信用档案管理。

主管税务机关应对不符合享受协定待遇条件而享受了协定待遇，经责令限期缴纳税款，逾期仍不缴纳税款的非居民纳税人，以及不配合税务机关进行后续管理的非居民纳税人建立信用档案，并于季度终了 15 日内将《非居民纳税人享受协定待遇不良信用清单》层报国家税务总局。

国家税务总局将定期通报非居民纳税人不当享受协定待遇的信用信息。各级税务机关应将信用不良的非居民纳税人作为重点管理对象，对其取得来源于本辖区的所得纳税情况和享受协定待遇情况严格监控，防范税收流失风险。

第五，明确了定期对高风险非居民纳税人专题检查制度。128 号文第八条规定，各地税务机关应定期对来自实际税率较低的国家（地区）、信用不良或所得类型风险较高的非居民纳税人享受税收协定待遇的情况进行专题检查。

专题 53：受控外国公司的所得税问题

内容概览

在本篇前述系列专题中，笔者集中讨论了有关税收协定的框架结构、与资本交易有关的协定条款的解释与应用的问题。在本专题，笔者将接着讨论另外一个国际资本税收的重要问题，即受控外国公司的所得税问题。本专题包含如下内容：

■ 受控外国公司（企业）的概念及涵义

■ 我国受控外国企业税制

■ 全部由个人股东设立的外国企业是否受 CFC 税制规制的问题

■ 受控外国企业税制与税收协定的冲突和适用

■ OECD 之 BEPS 第 3 项行动计划对 CFC 规则的建议

一、受控外国公司（企业）的概念及涵义

出于防范中国居民企业避税的动机，2008 年 1 月 1 日起施行的新《企业所得税法》及其实施条例大大强化了反避税的条款，特设了“特别纳税调整”一章，对关联方税务处理及其他反避税措施做了明确的规定，并且第一次引入了“受控外国公司”（controlled foreign company，“CFC”）反避税规则。这集中体现在《企业所得税法》第四十五条“受控外国企业”条款中。

“受控外国企业”是指那些在避税地设立的由本国居民直接或间接控制的，本国居民利用受控外国企业囤积利润，延迟缴纳本国税收的企业。在如何界定某一外国企业是否属于受控外国企业问题上，各国规定不一。但是，大部分国家以股东在公司中持有的股份作为判断标准，如美国 CFC 税制规定，如果一家外国公司各类表决权股票总额中至少 50% 以上归属于美国股东（United States shareholder），而这些美国股东每人所持有的表决权股票又在 10% 以上，那么该

公司即为“受控外国公司”。[①]

我国有关受控外国企业的法律渊源在《企业所得税法》第四十五条，该条规定：“由居民企业，或者由居民企业和中国居民控制的设立在实际税负明显低于本法第四条第一款规定税率水平的国家（地区）的企业，并非由于合理的经营需要而对利润不作分配或者减少分配的，上述利润中应归属于该居民企业的部分，应当计入该居民企业的当期收入。”《企业所得税法实施条例》第一百一十六条规定：“企业所得税法第四十五条所称中国居民，是指根据《中华人民共和国个人所得税法》的规定，就其从中国境内、境外取得的所得在中国缴纳个人所得税的个人。”[②] 第一百一十七条规定：“企业所得税法第四十五条所称控制，包括：（一）居民企业或者中国居民直接或者间接单一持有外国企业10%以上有表决权股份，且由其共同持有该外国企业50%以上股份；（二）居民企业，或者居民企业和中国居民持股比例没有达到第（一）项规定的标准，但在股份、资金、经营、购销等方面对该外国企业构成实质控制。”第一百一十八条规定：“企业所得税法第四十五条所称实际税负明显低于企业所得税法第四条第一款规定税率水平，是指低于企业所得税法第四条第一款规定税率的50%。”即低于12.5%。

同时，依据国税总局《特别纳税调整实施办法（试行）》（国税发［2009］2号，下称“2号文”）第七十六条规定：“受控外国企业是指根据所得税法第四十五条的规定，由居民企业，或者由居民企业和居民个人（以下统称中国居民股东，包括中国居民企业股东和中国居民个人股东）控制的设立在实际税负低于所得税法第四条第一款规定税率水平50%的国家（地区），并非出于合理经营需要对利润不作分配或减少分配的外国企业。”

二、我国受控外国企业税制

（一）受控外国企业的判断标准

从受控外国企业的一般税法原理来看，为了防范纳税人通过在低税率国家或避税地建立“受控外国企业”，通过各种不合理商业安排，将利润保留在“受

---

① 26 USC § 951（b）、§ 957（a）.

② 笔者注：该条规定意味着，受《企业所得税法》第四十五条规制的股东不但包括居民企业，还包括就其从中国境内、境外取得的所得在中国缴纳个人所得税的个人（包括外籍个人）。这也是2015年9月17日国家税务总局颁布的《特别纳税调整实施办法》（征求意见稿）对《特别纳税调整实施办法（试行）》（国税发［2009］2号）相关条款中的“居民个人”调整为“中国居民”的原因。

控外国企业”或进行少量分配，从而逃避在本国国内的纳税义务，许多国家都规定“受控外国企业”归属于本国股东的投资所得，包括利息、股息、租金、特许权使用费、资本利得等，即使不分配、不汇回本国，也要列为征税对象。

从上述我国税法规定来看，构成受控外国企业应满足以下两个条件：一是对外国企业构成控制；二是满足低税率（12.5%）检验条件且不符合免除条款。

1.“控制”的认定标准

依据2号文第七十七条规定：“本办法第七十六条所称控制，是指在股份、资金、经营、购销等方面构成实质控制。其中，股份控制是指由中国居民股东在纳税年度任何一天[①]单层直接或多层间接单一持有外国企业10%以上有表决权股份，且共同持有该外国企业50%以上股份。中国居民股东多层间接持有股份按各层持股比例相乘计算，中间层持有股份超过50%的，按100%计算。”因此，对控制的认定标准，首先是股权标准（法律形式标准），即直接或间接持有外国公司50%以上的股权；其次是一个兜底条款即实质控制标准，即在股份、资金、经营、购销等方面对该外国公司构成实质控制。股权标准要求满足个体标准，即居民企业或者中国居民直接或者间接单一持有外国公司10%以上有表决权股份；还需要满足总体标准，即共同持有该外国公司50%以上股份。在关联方多层间接持有股权的条件下，按各层持股比例相乘计算来判定是否符合个体标准和总体标准。实质控制标准是对股权标准的补充，防止通过股权或非股权安排规避控制关系。

2. 低税率检验标准与“白名单”制度

低税率检验是判定低税率国家（地区）的一般原则，同时也是制定非低税率国家（地区）名单的准则之一。低税率检验实际是以外国企业在居住国负担的实际税负与我国法定税率按年度进行比较，低于我国法定税率50%标准的，将适用受控外国企业条款。白名单是国家在考虑对外投资者的利益以及其他利益不受损失的情况下制定的免除条款，旨在保护我国股东在外国的利益不受损失。依据2号文第八十四条的规定：“中国居民企业股东能够提供资料证明其控制的外国企业满足以下条件之一的，可免于将外国企业不作分配或减少分配的利润视同股息分配额，计入中国居民企业股东的当期所得：（一）设立在国家税务总局指定的非低税率国家（地区）；（二）主要取得积极经营活动所得；（三）

① 笔者注：2号文修订的《征求意见稿》将“在纳税年度任何一天”调整为“在纳税年度终止日”。

年度利润总额低于500万元人民币。”[①] 实际上该条第（一）项的规定就是“白名单”制度。为了简化判定由中国居民企业，或者由中国居民企业和居民个人控制的外国企业的实际税负，《国家税务总局关于简化判定中国居民股东控制外国企业所在国实际税负的通知》（国税函［2009］37号）明确：“中国居民企业或居民个人能够提供资料证明其控制的外国企业设立在美国、英国、法国、德国、日本、意大利、加拿大、澳大利亚、印度、南非、新西兰和挪威的，可免于将该外国企业不作分配或者减少分配的利润视同股息分配额，计入中国居民企业的当期所得。”这样规定的理由在于，这些国家的实际税负都很高或较高。

综上所述，我国受控外国企业税制采用低税率检验结合“白名单”模式，目标是设立在传统避税地由中国居民股东直接或间接控制的外国公司，对于未列入免除国家（地区）名单同时也未通过低税率检验的归属所得应计入其中国居民股东当期所得即时纳税。

（二）受控外国公司应分配收入的适用范围及收入计算

国际上通行的归属所得的定义和计算方法分为两种：“交易法”和“实体法”。交易法是对受控外国公司所从事的交易逐笔判断，准确但管理和遵从成本较高，目前只有美国等少数国家使用。我国的受控外国公司体系采用实体法，[②] 不满足免除条款的受控外国公司所得如仍不满足低税率检验条件，将按股东持股比例全部计入当期所得。

在我国CFC税制下，受控外国企业取得的计入中国居民企业股东当期收入的所得即通常所称的“消极所得”。消极所得是指接受人取得一项所得只是由于消极地起作用，坐等所得的到来，通常表现为股息、利息、租金、特许权使用费、资本利得等形式，与“积极所得”相对应。但这些所得形式并不一定都是消极所得，判断的关键点为企业是否实质参与了获取该所得的经营管理行为。依据2号文第八十条规定：“计入中国居民企业股东当期的视同受控外国企业股息分配的所得，应按以下公式计算：

中国居民企业股东当期所得＝视同股息分配额×实际持股天数÷受控外国企业纳税年度天数×股东持股比例

中国居民股东多层间接持有股份的，股东持股比例按各层持股比例相乘计算。”

---

① 笔者注：2号文修订的《征求意见稿》第一百二十条删除了第（一）项“白名单”制度和第（二）项“积极所得”制度，并将第（三）项中的“年度利润总额”调整为“当期留存收益”。

② 笔者注：2号文修订的《征求意见稿》部分采用了交易法。

【例53－1】受控外国公司应分配收入的确定和计算

假定，中国X公司于2010年4月1日在乙国设立全资子公司（Y公司），乙国的税率为10%，乙国按年计算缴纳所得税。2010年底，Y公司盈利800万美元。Y公司2010年底不作利润分配。2011年4月12日，中国X公司计算从乙国Y公司归属的所得＝800×（365－90）÷365×100%＝602.74万美元。

这里存在一个适用的问题："视同股息分配额"是否包括以前年度的未分配利润、盈余公积、资本公积？对这个问题的回答，可能需要区分两种情况：

一是，受控外国企业的控制权没有发生改变，只是由于中国股东未按规定申报从而导致税务机关没有及时认定受控外国企业。在这种情况下，"视同股息分配额"包括以前年度的未分配利润、盈余公积、资本公积是适当的。

二是，因外国公司的控制权变动而导致其被税务机关认定为受控外国企业。例如，某外国企业有A、B、C等三名股东，皆为中国居民企业，A、B各持股20%，C是非中国居民企业，持股60%。该外国企业实际税负为10%。根据2号文第七十七条的规定，该外国企业不属于我国税法上的受控外国企业。假定，在2010年12月31日，C将60%的股权全部转让给中国居民D，那么外国企业在2010年即构成中国税法规定的受控外国企业。如果此时"视同股息分配额"包括以前年度的未分配利润、盈余公积、资本公积，会大大增加A、B、C在2010年的税收负担。对于D而言，它不仅购买了C的股权，同时也"购买"了对中国的纳税义务，尽管D所购买的股权并未给它在2010年带来收入。虽然这个例子比较极端，但是它明确地提出了一个十分关键的问题——哪个期间产生的所得应归属于中国居民股东从而按受控外国企业税制处理？最佳的方法是分段计算，外国企业被认定为受控外国企业之前形成的未分配利润、盈余公积、资本公积，不纳入受控外国企业税制下的股东归属所得；外国企业被认定为受控外国企业之后形成的未分配利润、盈余公积、资本公积，纳入受控外国企业税制下的股东归属所得。令人遗憾的是，2号文的公式并没有对"视同股息分配额"作出明确的解释。但是，笔者以为此处的"视同股息分配额"应当采取分段计算的观点进行处理。

（三）避免重复征税处理

重复征税主要涉及两种情形：即，已计入中国居民企业股东当期所得的和已按视同股息分配征税后作实际利润分配的。对于前者，依据2号文第八十二条规定："计入中国居民企业股东当期所得已在境外缴纳的企业所得税税款，可按照所得税法或税收协定的有关规定抵免。"对于后者，依据2号文第八十三条

规定："受控外国企业实际分配的利润已根据所得税法第四十五条规定征税的，不再计入中国居民企业股东的当期所得。" 另外，当居民企业股东已按视同股息分配征税，在取得受控外国企业实际利润分配前，将其持有的该受控外国企业股权转让而取得资本利得时，应可以将其已负担的税收从资本利得收益应纳税款中予以扣除。

（四）免除条款

为了避免受控外国企业立法阻碍我国企业的海外拓展，2 号文第八十四条规定："中国居民企业股东能够提供资料证明其控制的外国企业满足以下条件之一的，可免于将外国企业不作分配或减少分配的利润视同股息分配额，计入中国居民企业股东的当期所得：（一）设立在国家税务总局指定的非低税率国家（地区）；（二）主要取得积极经营活动所得；（三）年度利润总额低于 500 万元人民币。"

其中，主要取得积极经营活动所得是免除条款的核心内容，可从经营的实质性和避税动机两个方面进行考察。经营的实质性体现在企业在取得所得经营行为中的参与程度，主动经营所得的多少与参与程度成正比关系。一般说来，受控外国企业会取得主动经营和消极经营两类所得，但是否构成主要取得积极经营活动所得，还需要根据行业、企业承担功能、风险等因素作相应的比例标准规定。

三、全部由个人股东设立的外国企业是否受 CFC 税制规制的问题

根据 2 号文第七十六条规定，受控外国企业是"由居民企业，或者由居民企业和居民个人控制"。即是说，受控外国企业的股东中必须包括中国居民企业。由此带来的问题是，完全由中国居民个人（包括合伙企业、个人独资企业、个体工商户）控制的外国企业是否受 CFC 税制的规制？

2 号文第一条列举了该办法制定的法律依据，包括《企业所得税法》及其实施条例、《税收征收管理法》及其实施细则以及我国政府与有关国家（地区）政府签署的避免双重征税协定（安排）。《企业所得税法》及其实施条例不适用于个人所得税。《税收征收管理法》及其实施细则和税收协定虽然适用于个人所得税，但并没有对受控外国企业专门进行规定。《个人所得税法》及其实施条例亦没有专门的反避税条款，更谈不上对受控外国企业的规定。因此，从我国目前的规定来看，完全由中国居民个人控制的外国企业不是 2 号文定义的外国受控企业，进而这些个人股东不受 CFC 税制的规制。显然，目前的 CFC 税制在这方面存在一些漏洞和瑕疵。实践中，一个典型的例子就是海外红筹架构中，全部由境内个人股东在境外设立的离案公司是否属于 CFC 的问题。在这样的架构

中，由于境外离案公司位于BVI、开曼或百慕大等“避税港”，在当地几乎没有任何公司税收，其获取的利润可以保留在当地而不受CFC税制规制，长期保留在境外。

借鉴美国CFC税制，我们可以发现，美国《联邦税收法典》对受控外国公司的美国股东的定义相当宽泛。其对美国股东的定义是指，拥有外国公司表决权股票10%以上的“美国人”，而后者包括自然人（美国公民或美国居民）、合伙、遗产、信托以及公司等。[1] 因此，我国应在《个人所得税法》中加入包括受控外国企业在内的反避税的相关内容，与2号文第七十六条的规定相衔接，这也是国际上其他国家受控外国公司税制的通行做法。

四、受控外国企业税制与税收协定的冲突和适用

作为反避税的国内法，受控外国企业税制与税收协定有关条款之间的关系如何处理？两者之间是否兼容？在理论和实务界，主要存在如下两种对立的观点：

（一）受控外国企业税制冲突论

受控外国企业税制冲突论认为，缔约国一方国内法的受控外国企业税制与税收协定的相关条款相冲突。按照协定优先原则，将使得受控外国企业税制落空。其主要的依据是OECD范本（2010）第七条第一款规定：“缔约国一方企业的利润应仅在该缔约国征税，但该企业通过设在缔约国另一方的常设机构在缔约国另一方进行营业的除外。如果该企业通过设在缔约国另一方的常设机构在缔约国另一方进行营业，则其利润可以在缔约国另一方征税，但应仅以归属于该常设机构的利润为限。”该条实质是对缔约国一方企业营业利润征税权的划分。即是说，除非受控外国企业构成OECD范本（2010）第五条规定的境内股东在受控外国企业所在缔约国设立的“常设机构”，否则受控外国企业股东居民国不能对受控外国企业的营业利润征税。在实践中，受控外国企业一般都不构成其境内股东在受控外国企业所在国的常设机构。因此，尽管受控外国企业并不分配其利润，但如果受控外国企业税制对其中归属于股东的部分允许股东居民国征税的话，则实质等同于对受控外国企业利润的直接课税，从而违反协定第七条第一款的规定。同时，OECD范本（2010）第十条“股息”是对股息征税权的划分规定。该条第五款规定：“缔约国一方居民公司从缔约国另一方取得利润或所得，该缔约国另一方不得对该公司支付的股息征税，也不得对该公司的

---

① 26 USC §7701（a）（1）.

未分配利润征税，即使支付的股息或未分配利润全部或部分是发生于缔约国另一方的利润或所得。但是，支付给缔约国另一方居民的股息或者据以支付股息的股份与设在缔约国另一方的常设机构或固定基地有实际联系的除外。”该款实质明确了三个问题：一是，利润来源国不得对非居民公司分配的股息征税；二是，利润来源国不得对非居民公司的未分配利润征税；三是，利润来源国可对支付给本国居民股东和境内常设机构（与该支付有实际联系）的股息征税。因此，如果受控外国企业股东居住国同时又是受控外国企业所得来源国，股东居住国适用受控外国企业税制将受控外国企业未分配利润视为股东的股息并进行课税时，就违反了 OECD 范本（2010）第十条第五款的规定，即公司利润来源国对非居民公司受控外国企业的未分配利润征了税。

冲突论者主张，除非税收协定明确规定采用受控外国企业税制，否则单边的国内受控外国企业税制不能否定非居民公司的协定利益。

（二）OECD 的观点：协调一致的观点

OECD 对前述观点持反对意见，在其协定范本的多处注释中都表达了协定与国内反避税规则（包括受控外国企业税制）不冲突的观点。OECD 指出，对滥用税收协定的其他方式（例如基地公司的使用）和可能采取的应对措施，包括“实质重于形式”原则、“经济实质”原则和一般的反滥用规则，是国内税法确立的基本国内规则的一部分，用来判定引起纳税义务的事实，这些规则没有在税收协定中涉及，因而也不受税收协定的影响。因此，两者不存在冲突。[①]

对于冲突论观点提及的协定范本第七条第一款和第十条第五款，OECD 认为，第七条第一款是限制缔约国一方对缔约国另一方企业的营业利润的征税权。受控外国企业税制是缔约国一方对本国居民（受控外国企业股东）的征税，不会减少另一缔约国企业（受控外国企业）的利润，不应被认为对受控外国企业的利润进行了征税；[②] 第十条第五款仅限于来源地的征税，对居住国按受控外国企业税制进行的征税没有任何影响，而且该款仅涉及对公司的税收问题并不包括对股东的税收。[③]

为了避免受控外国企业税制在实践中的争议，最佳的办法是在双边税收协定中加入专门条款对此予以澄清。譬如，我国与新加坡、比利时签订的税收协

---

① Model Tax Convention on Income and on Capital 2010 (Full Version), Commentary on Article 1: Concerning the persons covered by the convention, Para 22、22.1.

② Id, Commentary on Article 7: Concerning the taxation of business profits, Para 13.

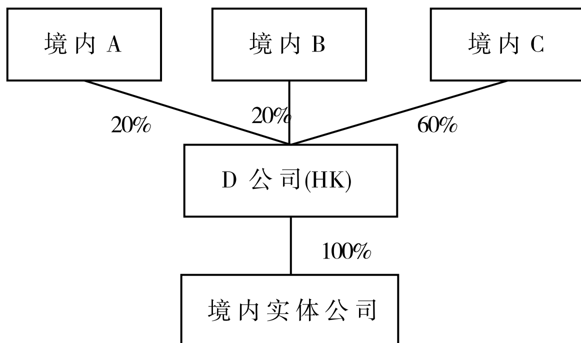
③ Id, Commentary on Article 10: Concerning the taxation of dividends, Para 37.

定、与香港、澳门签订的税收安排以及最近的中英税收协定中，就加入了“其他规则”条款，即“本协定不应妨碍缔约国各方行使其关于防止逃税和避税（不论是否称为逃税和避税）的国内法律及措施的权利，但以不导致税收与本协定冲突为限。”

让我们以如下例子来进行说明：

【例 53－2】海外投资架构中，CFC 税制及税收协定的适用

假定，境内创始股东 A 个人、B 个人和 C 公司在香港设立了商业公司 D 公司，而 D 公司则控制境内的实体公司。D 公司几乎所有的所得来源于境内实体公司的股息所得（超过 500 万元）。有关架构图如下：



【解析】首先，判断 D 公司是否构成受控外国企业。在案例中，由于中国境内股东共同直接持有香港 D 公司 100%，且任一股东持有股份超过 10%，因此，满足受控外国企业有关“控制”的要求；同时，根据香港《税务条例》的有关规定，香港对其公司施行所得来源征税原则，即香港仅对来源于香港的利润或所得按照 17.5% 税率征税。由于 D 公司几乎所有的所得均来源于境内实体公司，因此在香港并不需要缴纳公司所得税，其实际税负为零，低于 12.5%，且香港不属于“白名单”成员，同时 D 公司取得的几乎所有所得为股息所得（超过 500 万元），不属于积极经营活动所得。因此，D 公司属于受控外国企业。根据我国受控外国企业的规定，如果 D 公司当年不向境内股东分配利润的话，则我国可以就归属于境内股东 C 公司的利润征收企业所得税。

其次，判断如何适用《内地—香港税收安排》的规定，根据其第十条第五款的规定：“一方居民公司从另一方取得利润或所得，该另一方不得对该公司支付的股息或未分配的利润征收任何税收，即使支付的股息或未分配的利润全部或部分是发生于该另一方的利润或所得。但是，支付给该另一方居民的股息或者据以支付股息的股份与设在另一方的常设机构有实际联系的除外。”该条款实质是对缔约

国一方居民从另一方取得的股息进行再分配部分的征税权划分规定。即香港居民投资于中国居民公司或在中国设立常设机构或固定基地，如其对从中国居民公司取得的股息或从在中国机构场所取得的所得向其中国境外的股东进行再分配时，其境外股东取得的这部分所得，无需交纳中国税收。但是，如果该项再分配又支付回中国的居民股东或中国境内机构场所时，根据本款规定，中国仍有征税权。[①]由于D公司的股东所在国中国又是D公司所得来源国，则中国不得对D公司未分配利润征税。但是如果D公司对中国居民股东支付股息时，中国享受征税权。从这条规定来看，受控外国企业税制的规定显然与第十条第五款的规定有所冲突。但根据《内地—香港税收安排》第二十五条“其他规则”的规定：“本安排并不损害各方施行其关于规避缴税（不论是否称为规避缴税）的当地法律及措施的权利。‘规避缴税的法律及措施’包括为了防止、阻止、避免或抵抗其目的为或是会将税项利益授予任何人的任何交易、安排或做法的法律和措施。”因此，根据该条规定，我国的受控外国企业税制依然可以适用于D公司当期的未分配利润。

四、OECD之BEPS第3项行动计划对CFC规则的建议

经济合作与发展组织（OECD）从2013年起陆续发布了一系列应对“税基侵蚀与利润转移”（Base Erosion and Profit Shifting，“BEPS”）的行动计划（下称“BEPS行动计划”），对转让定价方法、转让定价同期资料全球新标准、受控外国企业规则等重要问题提出了立法建议。这些建议最终需要体现在各国的国内法中。在2015年10月5日，OECD发布了BEPS全部15项行动计划最终报告。其中，BEPS第3项行动计划报告[②]就是有关“制定有效受控外国公司规则”的报告。为此，2015年9月17日，国家税务总局发布了《特别纳税调整实施办法》征求意见稿（下称“《征求意见稿》”），对现行2号文有关CFC管理的相关内容进行了全面修订，对此作出了响应。BEPS第3项行动计划报告从CFC税制的六个构成要素出发提供了建议。参见下表53－1：

---

① 笔者注：类似地，在中新税收协定中亦有类似条款的规定，具体规定可以参见《〈中华人民共和国政府和新加坡共和国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定〉及议定书条文解释》的通知（国税发［2010］75号）附件《中新协定条文解释》第十条第五款规定：“五、第五款是对缔约国一方居民从另一方取得的股息进行再分配部分的征税权划分规定。即新加坡居民投资于中国居民公司或在中国设立常设机构或固定基地，如其对从中国居民公司取得的股息或从在中国机构场所取得的所得向其中国境外的股东进行再分配时，其境外股东取得的这部分所得，无需交纳中国税收。但是，如果该项再分配又支付回中国的居民股东或中国境内机构场所时，根据本款规定，中国仍有征税权。”

② BEPS Action 3：Designing Effective Controlled Foreign Company Rules.

表 53－1：BEPS 第 3 项行动计划对 CFC 规则的建议

构成要素	BEPS 第 3 项行动计划建议	简要评析
CFC 的定义（包括控制的定义）	关于何种实体可以被认定为 CFC，建议是广泛地定义为满足条件的实体。除公司实体之外，CFC 规则也可以适用于一些透明的实体和常设机构，前提是这些机构所赚取的收入会引起 BEPS 问题且这些问题无法通过其他方式解决。 对于控制，建议 CFC 规则至少应同时采用法律控制和经济控制两个标准，满足二者中的一个就会形成控制。国家也可采用事实测试，以确保法律和经济控制测试无法被规避。	我国的 CFC 规则采用的是外国"企业"实体或公司实体的界定，并没有将透明实体（譬如合伙或信托）和常设机构纳入进来。对于控制，我国 CFC 采用的是法律控制和经济控制的双重标准。由于企业所得税法等上位法并没有修订，所以《征求意见稿》并未采纳任何新的建议。
CFC 的豁免及门槛要求	建议包含一个豁免税率，该豁免税率允许实际有效税率足够接近母管辖区税率的公司可以免予被征收 CFC 税。这种豁免税率可以将所有足够低于母管辖区税率的 CFC 纳入 CFC 规则的覆盖范围，这种豁免能与名单合并执行，诸如"白名单"。	我国 CFC 规则采用的是实际有效税率低于我国法定税率 50%（即 12.5%）的标准，同时，还采用了"白名单"制度。《征求意见稿》废止了"白名单"制度[①]。
CFC 收入的定义	建议 CFC 规则应包含一项收入定义，以确保引发 BEPS 担忧的收入会被归属于母管辖区的控股股东。同时，报告也认为需要有一定的灵活性以确保管辖区可以制定与其国内政策框架一致的 CFC 规则。	我国 CFC 规则采用实体法来确定 CFC 收入。《征求意见稿》废止了主要取得"积极所得"豁免的规定[②]而部分采用"交易法"详细审查[③]。
收入计算的规则	计算 CFC 收入需要两个不同的判定标准：（1）适用于哪个管辖区的准则；（2）计算 CFC 收入时是否需要特殊规则。对于（1）的建议是，利用母管辖区的准则来计算 CFC 收入；对于（2）的建议是，在法律允许的范围内管辖区应出台限制 CFC 损失抵扣的特殊规则，以使 CFC 损失只可抵扣同一 CFC 或同一管辖区内的其他 CFC 的收益。	我国 CFC 规则采用的是我国的计算准则[④]；我国 CFC 规则没有有关 CFC 损失抵扣的特殊规则。《征求意见稿》将"视同股息分配所得"调整为"可归属所得"并建立了后者的考量因素等规定[⑤]。
收入归属的规则	收入归属可分为 5 步：（1）确定哪些纳税人有归属收入；（2）确定多少收入应被归属；（3）确定纳税人纳税申报何时应包含该收入；（4）确定该收入的处理方法，以及（5）确定该收入的适用税率。	我国 CFC 规则采用 CFC 控制标准，实体法确定收入归属，纳入年度申报，视同股息分配所得、适用我国税率。《征求意见稿》区别在于部分采用交易法，分项确认所得[⑥]。

续　表

防止和消除双重征税	CFC 规则应包含确保这些规则的运用不会导致双重征税的规定，至少有三种情形会导致双重征税：（1）CFC 归属收入同样需要缴纳境外企业所得税；（2）多个管辖区的 CFC 规则适用于同一 CFC 收入，以及（3）CFC 从根据 CFC 规则已归属给居民股东的收入中派发股息，或居民股东处置 CFC 股份，但其他情况下也可能产生双重征税问题。例如当两个管辖区存在转让定价调整，而第三个管辖区要求收取 CFC 费用。CFC 规则设计应确保以上或其他情形都不会产生双重征税问题。 解决前两种情况的建议是允许实际支付的境外税收进行税收抵免，包括评估的中间公司的 CFC 税收。实质支付税金（也包括预提税）应该包括所有由 CFC 所承担的无法享受其他减免的收入的税负，且该税负不高于母管辖区对同一收入的征税金额。解决第三种情况的建议是，如果 CFC 的所得之前已根据 CFC 规则被征税，则股息和出售 CFC 股权的资本利得可以免税，但对股息和资本利得的具体处理可由各个管辖区自行决定，与国内法律保持一致。其他可能引起双重征税的情况由各个管辖区自行制定解决规则，但是针对该构成要素的总体建议是规划 CFC 规则以确保其不会导致双重征税。	我国 CFC 规则针对 BEPS 建议中的第（1）和第（2）种情形采用了对境外税收实行税收抵免的制度；对于第（3）种情形中的股息实际分配，则采用了不计入居民企业所得的方式处理。但并没有对建议列举的涉及转让定价和 CFC 规则竞合时的情形如何处理进行明确。《征求意见稿》与 2 号文的规定基本一致，并无实质变化⑦。

注：①参见 2 号文第八十四条和《征求意见稿》第一百二十条删除了 2 号文中的“（一）设立在国家税务总局指定的非低税率国家（地区）”。

②参见 2 号文第八十四条和《征求意见稿》第一百二十条删除了 2 号文中的“（二）主要取得积极经营活动所得”。其考虑在于，在实体法以及 2 号文的豁免规则下，如果一家主要从事产生积极所得的经营活动的实体，可以使其大量的消极所得免于适用 CFC 规则。同时，在实践中什么是“主要”，通常的理解是超过 50%，但极端的情况下可能使得 49% 的可归属所得免于适用 CFC 规则。

③参见《征求意见稿》第一百一十九条、2 号文第八十条。

④参见 2 号文第八十条。

⑤参见《征求意见稿》第一百一十九、第一百二十一、第一百二十四条等。

⑥参见《征求意见稿》第一百一十九、第一百二十一条。

⑦参见 2 号文第八十二、第八十三条和《征求意见稿》第一百二十五、第一百二十六条。

需要说明的是，上表仅仅是有关 BEPS 第 3 项行动计划的建议、我国目前 CFC 税制的规定以及《征求意见稿》的一些立法建议的简要介绍。有关《征求意见稿》CFC 管理的一些其他内容，请读者参阅“专题 55：特别纳税调整”的相关内容。

专题 54：外国税收抵免税务问题

内容概览

在上一专题中，笔者讨论了受控外国企业的税制问题。除此之外，在国际资本税收制度中还有另外一个非常重要的专题，即外国税收抵免的问题。在本专题，笔者将对此进行介绍。本专题包含如下内容：

■ 外国税收抵免的概念及方法

■ 我国企业境外所得税收抵免的涵义及类型

■ 中美两国企业境外所得税收抵免制度的比较、评析

■ 我国外国税收间接抵免制度的问题和建议

一、外国税收抵免的概念及方法

就企业所得税而言，税收抵免的全称为“外国税收抵免”（“Foreign Tax Credit”）。要从根本上把握这一概念，就必须先从税收管辖权谈起。所谓税收管辖权，实质上是指主权国家所拥有的征税权，是主权国家的管辖权在税收领域的具体体现。国际税收中有两种最基本的税收管辖权，即居民管辖权和来源地管辖权（亦称“地域管辖权”）。在具体的国际税收关系中，更多的是采用双重管辖权，即一国同时运用居民管辖权和来源地管辖权，对本国居民运用居民管辖权，对其来源于境内、境外的所得征税，对非本国居民（外国居民）则行使来源地管辖权，仅对其来源于该国境内的所得征税。

由于多数国家选择双重管辖权，必然会导致同一纳税人同一纳税所得的重复征税的问题。重复征税的存在，不仅给纳税人造成不合理的税收负担，而且限制了国际间资本、技术等的流动，因此，世界各国都致力于探索消除重复征税的合理方法。目前，在国际税收实践中，消除重复征税的具体方法主要有“免税法”、“扣除法”和“抵免法”。

（一）免除法概述

免税法，全称为“外国税收豁免”，是指居住国对于本国居民来源于境外并

已在来源国纳税的所得免于征税的方法。免税法承认来源地税收管辖权的独占地位，对本国居民纳税人取得的来源于境外并已在来源国纳税的所得，完全放弃行使居民管辖权。这就从根本上消除了因双重税收管辖权而导致的重复征税。

（二）扣除法概述

扣除法，是指居住国允许纳税人就来源于境外的所得在来源国缴纳的税款从其境内外全部应纳税所得额中扣除的一种方法。扣除法是把本国居民纳税人在所得来源国缴纳的所得税视为一般的费用支出在计算应税所得时予以减除。因此，在扣除法下，纳税人境外所得所负担的境外税款只有按照国内税法计算的部分得到了豁免。这在实质上属于国家和纳税人按比例共同承担了境外税款，重复征税并未得到完全消除，只是有所减轻而已。

（三）抵免法概述

抵免法，是指居住国允许本国居民纳税人在国内税法规定的限度内，用在来源国已缴纳的所得税税额，抵免应汇总缴纳本国的所得税税额。这是目前国际上比较通行的消除重复征税的方法。抵免法最大的优点是，在来源地管辖权优先的基础上，兼顾到了居民税收管辖权，既消除了重复征税，又维护了国家的税收权益。OECD 协定范本和 UN 协定范本均推荐使用这种方法。

二、我国企业境外所得税收抵免的涵义及类型

新《企业所得税法》及其实施条例颁布实施后，分别在其第三章“应纳税额”部分，以专门条款确立了对中国企业境外所得计征及抵免的框架，建立了包括“分国不分项”、“直接抵免和间接抵免”等原则在内的境外所得税抵免制度。

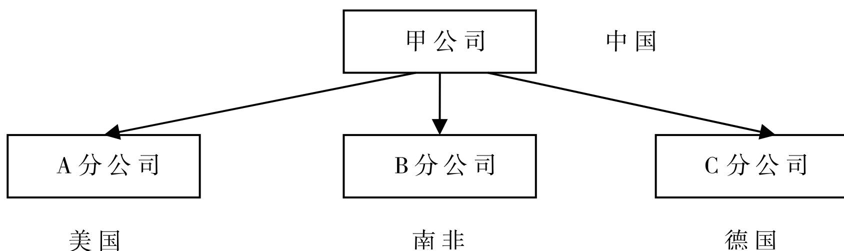
（一）直接抵免法

所谓“直接抵免”，是相对间接抵免而言，其含意是允许直接抵免的外国税收必须是跨国纳税人直接向来源国交纳的。直接抵免适用于同一经济实体的跨国纳税人的税收抵免。同一经济实体的跨国纳税人，通常是指同一跨国法人的总分支机构。根据法律规定，总分公司属同一经济实体，即同一法人，总公司设在国外的分公司，不具有独立法人地位。一国的居民公司设在国外的分公司所缴纳的外国所得税可视为该居民总公司直接缴纳，因此可以直接从总公司汇总缴纳本国的所得税额中抵免。所以直接抵免是解决法律意义上的国际重复征税的方法。

《企业所得税法》有关“直接抵免”的规定在第二十三条，该条规定：“企业取得的下列所得已在境外缴纳的所得税税额，可以从其当期应纳税额中抵免，抵免限额为该项所得依照本法规定计算的应纳税额；超过抵免限额的部分，可以在以后五个年度内，用每年度抵免限额抵免当年应抵税额后的余额进行抵补：（一）居民企业来源于中国境外的应税所得；（二）非居民企业在中国境内设立机构、场所，取得发生在中国境外但与该机构、场所有实际联系的应税所得。”

【例54－1】 直接抵免——总分机构

甲公司（中国居民企业）在美国、南非、德国等国家分别设立了独立核算的销售分公司A、B、C，有关组织架构图如下：

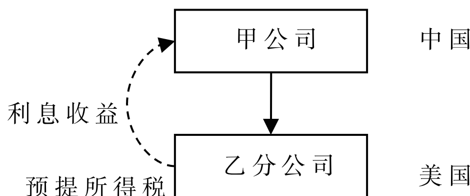


因此，甲公司、A、B、C分公司构成总分机构关系，属于统一经济实体，A、B、C分公司在所在国缴纳的所得税适用直接抵免法计算在中国缴纳的所得税。

直接抵免还适用于形式上由他人缴纳，但实质上是由本国居民负担的所得税的抵免。这种情况常见于预提所得税的处理。如，对一国居民来源于非居住国的利息等由非居住国源泉征收的预提所得税额的抵免。

【例54－2】 直接抵免——预提所得税

甲公司（中国居民企业）在美国设立了一个乙分公司，有关组织架构图如下：



甲公司就来源于乙分公司的利息收益在美国征收预提所得税后，在计算甲公司在中国缴纳所得税时可以直接抵免。

直接抵免法在实际运用中，可分为全额抵免和限额抵免两种。

1. 全额抵免（Full Credit）

全额抵免是指允许居民在境外实际缴纳的全部税额，从其在居住国以境内外全部所得的应纳税额中予以抵免，即使境外所得在境外缴纳的税额超过该笔所得应在本国缴纳的税额。全额抵免法是对跨国纳税人的国外所得在外国所实缴的税款，不加任何限制条件地全部从本国应纳税额中扣除。其计算公式为：

居住国实际应纳税额 = 纳税人境内外全部所得 × 本国税率 − 外国税额

在全额抵免法下，跨国纳税人在非居住国已缴税额都可以全部抵免，但当非居住国的税率高于居住国税率时，该跨国纳税人不仅可以将国外已缴的税款在居住国全部得到抵免，而且还可以冲掉跨国纳税人在居住国的一部分纳税义务，使纳税人将税收负担从高税率国转嫁到低税率国，从而使居住国的税收利益受损。因此，全额抵免法除少数国家签订的国际税收协定中被采用外，单边实行这种方法的国家很少。

2. 限额抵免（Ordinary Credit）

限额抵免，又称普通抵免（Ordinary Credit），是指居民纳税人在境外实际缴纳的税额，仅允许其抵免不超过该笔境外所得依居住国税率应纳税额（即抵免限额）的抵免。限额抵免法是居住国对其居民向外国缴纳的所得税额可以从本国税额中的扣除规定了限额，即以外国所得乘以本国税率计算出的扣除额为限，低于此数可以全部抵扣，如果超过，其超过部分则不能在当年给予抵扣。限额抵免法比全额抵免法更利于维护居住国的利益。在收入来源国所得税率低于居住国税率时，因国外实缴所得税额小于抵免限额，其小于的差额部分还要在居住国补征。在收入来源国所得税率高于居住国所得税税率时，其国外实缴所得税额高于抵免限额部分，居住国政府不允许抵免。可避免用本国的财政收入去补贴本国居民所承担的外国政府的高税负的情况。因此，限额抵免法可真正体现兼顾收入来源国、居住国和纳税人三方利益的原则。世界上采用抵免法的国家很多，但大都采用限额抵免法。

限额抵免又可分为综合限额抵免、分国限额抵免、分项限额抵免、不分项限额抵免等。限于篇幅，并且我国实施的是“分国（地区）不分项限额抵免”的缘故，笔者在此仅着重介绍分国限额抵免。

分国限额抵免，系“综合限额抵免”的对称，是指就纳税人从境外各国所取得的收入按不同国家分别计算抵免限额，然后按照其在该国缴纳税款数额与该国的抵免限额的关系，确定允许在居民国应纳税额中予以抵免的数额，从而

分别计算出在居民国的实际应纳税数额的方法。采用分国限额抵免的方法，纳税人在不同国家缴纳的所得税额要分别计算，抵免限额也是分别计算，不能彼此调剂使用，因而纳税人在一个税率较高国家缴纳的超过抵免限额的税额无法在另一税率较低国家的剩余限额中进行抵扣。最后将纳税人就各国已纳税额分别进行抵免后，加总计算其在居民国实际应缴纳的税额。分国限额抵免的主要特点是，居民纳税人在不同的外国所纳税的抵免限额是相互独立的，不得相互补充调剂。

我国《企业所得税法》第二十三条以及《实施条例》第七十八条规定："企业所得税法第二十三条所称抵免限额，是指企业来源于中国境外的所得，依照企业所得税法和本条例的规定计算的应纳税额。除国务院财政、税务主管部门另有规定外，该抵免限额应当分国（地区）不分项计算，其计算公式如下：

抵免限额 = 中国境内、境外所得依照企业所得税法计算的应纳税总额 × 来源于某国（地区）的应纳税所得额 ÷ 中国境内、境外应纳税所得总额"

因此，我国实行的即是"分国不分项限额抵免"（但另有规定的除外），并规定超过抵免限额的余额部分可以在五年之内向后结转。

按照《财政部 国家税务总局关于企业境外所得税收抵免有关问题的通知》（财税［2009］125 号）第八条规定："企业应按照企业所得税法及其实施条例和本通知的有关规定分国（地区）别计算境外税额的抵免限额。

某国（地区）所得税抵免限额 = 中国境内、境外所得依照企业所得税法及实施条例的规定计算的应纳税总额 × 来源于某国（地区）的应纳税所得额 ÷ 中国境内、境外应纳税所得总额。

据以计算上述公式中'中国境内、境外所得依照企业所得税法及实施条例的规定计算的应纳税总额'的税率，除国务院财政、税务主管部门另有规定外，应为企业所得税法第四条第一款规定的税率。

企业按照企业所得税法及其实施条例和本通知的有关规定计算的当期境内、境外应纳税所得总额小于零的，应以零计算当期境内、境外应纳税所得总额，其当期境外所得税的抵免限额也为零。"

【例 54－3】"直接抵免"法计算示例

甲公司系中国居民企业（适用税率 25%），其在美国设立了一个销售分公司（乙分公司），某纳税年度，甲公司及其分支机构乙公司的所得如下情形：

1. 甲公司在中国境内取得了 80 万美元的所得，在美国取得了－100 万美元的所得；

2. 甲公司在中国境内取得了－80万美元的所得，在美国取得了60万美元的所得（为简化计算起见，假设为40%[①]）；

3. 与上述第2点相同，不同的是在美国取得的所得为100万美元。

则有关境外所得抵免的计算如下表（单位：万美元）：

情形	境内所得	境外所得	境内外所得总额	可抵免境外所得税额	抵免限额	境内外所得应纳税总额	甲公司应纳税额	甲公司实际税负
1	80	－100	0	0	0	80×25%＝20	20	20
2	－80	60	0	60×40%＝24	0	0	0	24
3	－80	100	20	100×40%＝40	（－80＋100）×25%×100/（－80＋100）＝25	（－80＋100）×25%＝5	5－25＜0，即0，尚余20抵免额	40

从上表可以看出：（1）对于情形1，由于境外分支机构的亏损不得弥补境内机构的盈利，因此美国的－100万美元不得抵减中国境内的盈利80万元，因此在计算境内外所得应纳税总额时为80×25%＝20万美元；同时，由于境内外应纳税所得总额小于零（－20），因此应以零计算当期境内、境外应纳税所得总额，其当期境外所得税的抵免限额也为零；（2）对于情形2，由于境内外应纳税所得总额小于零（－20），因此应以零计算当期境内、境外应纳税所得总额，其当期境外所得税的抵免限额也为零，而不是60×25%＝15万元；（3）对于情形3，由于125号文并没有明确境外分支机构盈利而境内总公司亏损时，境外盈利是否可以弥补境内总公司亏损，但按照居民企业全球纳税义务以及保护国家税收的原则，应理解为可以弥补并就超额部分计算纳税。

（二）间接抵免法

间接抵免法是《企业所得税法》的一项新增内容，是“直接抵免法”的对称。《企业所得税法》第二十四条规定：“居民企业从其直接或者间接控制的外

① 根据美国《联邦税收法典》第11条（b）款之规定，联邦公司所得税采用超额累进税率。

国企业分得的来源于中国境外的股息、红利等权益性投资收益，外国企业在境外实际缴纳的所得税税额中属于该项所得负担的部分，可以作为该居民企业的可抵免境外所得税税额，在本法第二十三条规定的抵免限额内抵免。”事实上，该条引进了“间接抵免制度”，第一次为消除经济性双重征税确立了法律依据。依据《实施条例》第八十条规定：“企业所得税法第二十四条所称直接控制，是指居民企业直接持有外国企业20%以上股份。企业所得税法第二十四条所称间接控制，是指居民企业以间接持股方式持有外国企业20%以上股份，具体认定办法由国务院财政、税务主管部门另行规定。”

因此，间接抵免的条件必须是要实质性股权参与，即或者直接持有外国企业20%以上的股份，或者以间接持股方式持有外国企业20%以上股份。

不同于直接抵免解决本公司与分公司的重复纳税问题，间接抵免是解决母公司与子公司的重复纳税问题。所以直接抵免是解决法律意义上的国际重复征税的方法，间接抵免是解决经济意义上的国际重复征税的方法。母子公司之间是一种参股或控股的不同经济实体之间的关系。母子公司分别核算盈亏，分别缴纳税款。作为母公司的投资回报，子公司要按控股比例向母公司支付股息，股息是子公司向其所在国缴纳完所得税后利润的一部分，即属已税所得，母公司所在国要行使居民管辖权征税，自然要把包括收到子公司股息在内的来自各国的所得汇总计征所得税，股息部分因此而发生重复征税。

随着跨国公司的迅速发展，这种问题也越来越普遍和严重。因此，母公司所在国对其来自外国子公司股息所承担的外国所得税要给予抵免。但这种抵免毕竟不同于直接抵免，股息承担的外国所得税并不是母公司直接缴纳的，所以只能以“视同母公司间接缴纳”而给予抵免处理，这就是“间接抵免”的含义。间接抵免所要消除的国际重复征税是由两个居住国即母子公司各自所在国对其行使居民管辖权征税引起的。这一点和直接抵免不同，直接抵免所要消除的是居住国和收入来源国对同一跨国纳税人行使居民和地域管辖权征税所产生的国际重复征税。间接抵免所允许抵免的税额，即居住国允许其母公司在应缴本国政府的所得税额中予以抵免的税额，不应是子公司已缴其居住国的全部税额，而只能是母公司所分股息应承担的那部分税额，为了确认抵免股息所承担的外国所得税，只能计算出股息的还原所得并入母公司应税总所得中，进行征税，然后从其税额中抵免股息所分担的那部分所得税额。间接抵免是在直接抵免的基础上发展起来的，目前，已被许多国家所采用。

其具体计算方法是：

母公司应纳所得税额＝（母公司来源于本国的所得＋属于母公司的外国子公司所得）×母公司所在国税率－外国税收抵免额

属于母公司的外国子公司所得＝母公司从外国子公司实得股息＋该项股息已纳外国所得税额＝母公司从外国子公司实得股息÷（1－适用税率）

该项股息已纳外国所得税额＝外国子公司所得税额×（母公司从外国子公司实得股息÷外国子公司税后利润）

外国税收抵免额不得超过属于母公司的外国子公司所得按照本国税法规定税率计算的应纳税额。但是为了控制抵免范围和防止抵免被滥用，保护母子公司间领导层公司所在居住国的经济利益，许多国家对允许享受间接抵免公司规定了一些严格的限定条件，包括必须拥有其下属外国公司一定比例的股权（比如我国税法规定的20%股权比例）；必须是其下属公司的积极投资者等。

间接抵免按抵免层次不同，可分为一层间接抵免和多层间接抵免。

应该说，境外所得税收抵免制度是非常复杂的制度。限于本书篇幅，在此不再对间接抵免的计算进行详细阐述，读者可以参阅财税［2009］125号文以及《国家税务总局关于发布〈企业境外所得税收抵免操作指南〉的公告》（国家税务总局公告2010年第1号）所附的《企业境外所得税收抵免操作指南》。

三、中美两国企业境外所得税收抵免制度的比较、评析

（一）抵免法都是两国消除国际重复征税的方法

从美国公司境外所得税抵免制度来看，抵免法只是三种消除国际重复征税方法（免税法、扣除法和抵免法）中的一种，且抵免法和扣除法可由纳税人自由选择；而在我国，现行税法提供给纳税人的只有抵免法。

（二）税收抵免条件的差异

我国《企业所得税法》首次规定了间接抵免，居民企业从其直接或者间接控制的外国企业分得的来源于中国境外的股息、红利等权益性投资收益，外国企业在境外实际缴纳的所得税税额中属于该项所得负担的部分，可以作为该居民企业的可抵免境外所得税税额。根据《企业所得税法实施条例》的规定，直接控制是居民企业直接持有外国企业20%以上股份，间接控制是居民企业以间接持股方式持有外国企业20%以上股份。财税［2009］125号文还有多层间接抵免的规定，该文第六条规定：“除国务院财政、税务主管部门另有规定外，按照实施条例第八十条规定由居民企业直接或者间接持有20%以上股份的外国企

业，限于符合以下持股方式的三层外国企业：

第一层：单一居民企业直接持有20%以上股份的外国企业；

第二层：单一第一层外国企业直接持有20%以上股份，且由单一居民企业直接持有或通过一个或多个符合本条规定持股条件的外国企业间接持有总和达到20%以上股份的外国企业；

第三层：单一第二层外国企业直接持有20%以上股份，且由单一居民企业直接持有或通过一个或多个符合本条规定持股条件的外国企业间接持有总和达到20%以上股份的外国企业。”

上述规定将20%的持股比例作为间接抵免的条件，与我国签订的双边协定不符。我国签订的双边协定规定的间接抵免的条件通常是10%的持股比例，如中日税收协定和中韩税收协定都是如此。笔者认为，我国《企业所得税法实施条例》可以适当降低间接抵免的持股比例要求，因为对股份比较分散的股份有限公司而言，20%已经是相当高的持股比例；通过证券市场收购上市公司，一般不可能达到20%的持股比例。而美国法律则规定，远达6层的外国子公司缴纳的外国税可以抵免，但每一层母公司须直接持有其子公司10%及以上表决权股份，美国公司须间接持有外国公司5%及以上表决权股份。从第4层子公司开始，该子公司为《联邦税收法典》第957条所定义的“受控外国公司”，美国公司为《联邦税收法典》第951（b）条款所定义的该受控外国公司的美国股东。

我国《企业所得税法实施条例》第七十七条规定：“企业所得税法第二十三条所称已在境外缴纳的所得税税额，是指企业来源于中国境外的所得依照中国境外税收法律以及相关规定应当缴纳并已经实际缴纳的企业所得税性质的税款。”因此，在我国税法中，纳税人只能就其已经实际缴纳了的外国税收要求抵免。而在美国，纳税人可以选择就其实际缴纳，也可以选择就其应缴纳的外国税收要求抵免，即不管其一般会计方式是收付实现制还是权责发生制，都有权在外国税收抵免上选择权责发生制，但在纳税人要求抵免应纳的外国税收时，联邦国税局有权要求纳税人就可能的超额抵免的税款提供担保。

（三）税收抵免限额的差异

我国采用“分国（地区）不分项限额抵免”方法。根据《企业所得税法》的规定，抵免限额应当分国（地区）不分项计算，但分国不分项的抵免操作复杂并且不利于鼓励我国企业境外投资。如居民企业在多个国家投资，需分别计算出居民企业来自每一个非居住国的抵免限额；当居民企业设立的几个境外企业都有盈利但税率不同时，其抵免限额不能调剂使用，导致境外投资企业总体

税负增加。美国1918年最初实行的是分国限额抵免法，由于其不利于企业海外经营，20世纪60年代初至70年代中期，美国实行分国限额与综合限额的选择制。目前美国实行在区分不同所得类别的“不分国综合限额抵免法”，将纳税人获得的境外所得分为消极类所得和普通类所得两大类，按照不同的税率计算抵免限额，直接抵免外国所得税税款。

我国《企业所得税法》规定企业亏损只能向后结转弥补5年，不能向前结转弥补，也不利于企业在跨国经营中降低经营风险。美国对于外国所得税税款超过抵免限额的部分，可向前结转1年，向后结转10年抵免。我国规定的超限抵免额和亏损弥补只能向后结转不利于境外投资企业的利益。

四、我国外国税收间接抵免制度的问题和建议

尽管《企业所得税法》及其实施条例、财税［2009］125号文（下称“125号文”）和国家税务总局公告2010年第1号（下称“1号公告”）对外国税收间接抵免制度进行了规定，但在实践中仍然存在一些问题。主要包括如下几个方面：

（一）外国税收间接抵免制度整体层面的问题和建议

在整体层面上，外国税收间接抵免制度主要存在如下三个方面的问题需要考量：一是，关于是否从基本制度层面引入“免税法”的问题。如果针对特定的情形，设置特定的条件，引入“免税法”，需要从《企业所得税法》及其实施条例层面进行修订；二是，关于综合抵免和分国抵免的取舍问题。从理论上讲，综合抵免和分国抵免各有优势。比如，美国税法目前施行“综合限额＋分项限额”（目前分为消极类所得和普通类所得两大类别）制度，我国施行“分国不分项”制度。笔者认为，可以在坚持“分国不分项”基本制度的基础上，针对“走出去”的特定行业、特定类型企业[①]可以选择适用综合抵免法；三是，关于是否引入分项限额的问题。从理论上讲，分国限额和分项限额各有利弊，并不一定存在谁更优的问题。从我国目前的上位法规定以及实践来看，笔者认为，可以继续施行“分国不分项”制度。

（二）外国税收间接抵免制度技术层面的问题和建议

在技术细节层面上，外国税收间接抵免制度存在较多的问题。限于篇幅，

---

① 比如，根据《国家税务总局关于我国石油企业从事油（气）资源开采所得税抵免有关问题的通知》（财税［2011］23号）的规定，石油企业在境外从事油（气）资源开采的，可以选择适用综合抵免法。

笔者选择其中主要的几个问题介绍如下：

1. 关于间接抵免中间接持股比例的要求问题

根据125号文的规定，符合要求的间接抵免层级为3层，间接持股20%比例的要求是可以接受的，但这跟税收协定规定的抵免税率10%并不协调一致（比如，中美税收协定）。同时，由于实践中，境外投资的架构层面可能远远多于3层，如果将间接抵免层级放宽到5层或6层的话，则20%的比例要求就太高了，对“走出去”的企业境外投资会产生不利影响。基于与协定税率一致以及借鉴美国等国家的制度，可以考虑通过修法将该比例降低到10%。

2. 红筹架构中，中资控股居民企业和重复征税的问题

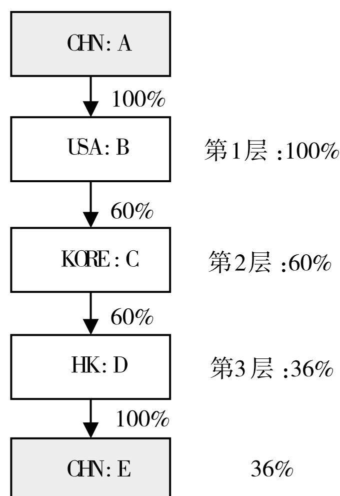
在境外红筹架构中，为避免出现重复征税的问题，可能一系列中间控股企业需要被认定中资控股居民企业时，才能很好地避免重复征税的问题。譬如，中国居民企业A公司持有100%的百慕大B公司股权，B公司持有60%开曼C公司股权，C公司持有60%香港D公司股权，D公司持有100%中国居民企业E公司股权。我们可以发现，只有将B、C、D公司都认定为中资控股居民企业时，才能解决重复征税和间接抵免的问题。假定，仅仅认定C公司为中国居民企业的话，则仅只有D公司纳入C公司的间接抵免范围，但C公司向B公司支付的股息不能得以间接抵免。同时，B公司向A公司支付股息时，还会产生重复征税。

3. 关于境外公司架构链条中，出现了受控外国企业时，如何处理？

125号文和1号公告在此问题上并没有明确的规定。笔者以下例来进行说明：

【例54－4】境外公司架构链条中存在受控外国企业时的间接抵免问题

假定，中国居民企业A公司持有100%美国B公司股权，B公司持有60%韩国C公司股权，C公司持有60%香港D公司股权，D公司持有100%中国居民企业E公司股权。参见下图：



在上图中，B 公司和 C 公司都可能被认定为受控外国企业，根据税法规定，其留存的收益（如果没有合理的理由，不论是否分配）视为股息分配。在间接抵免中，对受控外国企业取得的所得如何进行处理？特别是，视同股息分配时，由于存在预提税但并未实际扣缴，在计算预提税时，如何计算，对应的实际由上层企业承担的直接税额部分（预提税）以及由此负担的间接税（利润税）？按照道理，是否按照外国适用税率（预提税率）来视同缴纳？这涉及一个法定"应纳税额"的问题，与目前 125 号文和 1 号公告规定的境外"实际缴纳"的所得税性质税额的规定有冲突。

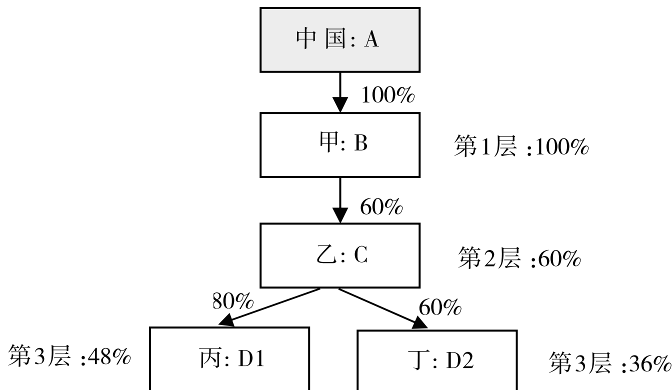
因此，在存在受控外国企业的情形下，有必要引入"应纳税额"的概念。此外，对于受控外国企业，是否需要引入"穿透"原则，以避免通过"受控外国"企业或者其他类型企业来归集所得，改变归集国别从而实现税收利益。

4. 关于受控外国企业或部分层级企业对留存收益再分配时，如何确认股息分配的境外税后利润和可抵免境外税额？

这个问题涉及留存收益包含多年度留存收益时，如何确定分配的股息来源于或归属于年度的问题。同时，留存收益来源于多个国家且利润分配并未明确时，如何在这些国家之间进行划分。以下例来进行说明：

【例 54－5】境外企业留存收益再分配时，如何界定其来源年度的问题

假定，中国居民企业 A 公司持有 100% 甲国 B 公司股权，B 公司持有 60% 乙国股权，C 公司持有 80% 丙国 D1 公司股权，还持有 60% 丁国 D2 公司股权。参见下图：



不论 B 公司和 C 公司是否被认定为受控外国企业，对于它们留存的多年的利润，如何在年度之间进行划分。比如，C 公司 2015 年分配股息 1000 万，但其未分配利润涉及 2015 年前多年的利润，还涉及 2015 年的利润。如果分配决议并未明确分配利润的来源，如何确定？应当采用什么原则来确定（比如，“先进先出”法或“加权平均”法）？如果 C 公司的利润来源于多个不同国家的公司（比如，图中的 D1 公司和 D2 公司），如何来确定所得来源国？

从上例可以看出，我们税法有必要建立这两者如何进行界定和分配的规则。比如，按照“先进先出”法或“加权平均”法对各年度利润进行分配，按照各国别利润占总利润比例来对来源国别进行划分。

5. 关于间接税额计算的公式的问题

125 号文和 1 号公告都规定，本层企业所纳税额属于由一家上一层企业负担的税额 =（本层企业就利润和投资收益所实际缴纳的税额 + 符合本通知规定的由本层企业间接负担的税额）×本层企业向一家上一层企业分配的股息（红利）÷本层企业所得税后利润额。我们可以发现，公式中的“投资收益”使得间接抵免仅限定在消极所得中的“股息”上面。但在实践中，除股息外，还可能存在缴纳预提所得税的利息、租金、特许权使用费、财产转让所得等消极所得，公式将这些消极所得排除在外是否恰当？笔者认为，应包含进来。

6. 关于不具有独立纳税地位的分支机构的界定

125 号文第十三条规定：“本通知所称不具有独立纳税地位，是指根据企业设立地法律不具有独立法人地位或者按照税收协定规定不认定为对方国家（地区）的税收居民。”1 号公告对此解释到：

“39. 企业居民身份的判定，一般以国内法为准。如果一个企业同时被中国和其他国家认定为居民（即双重居民），应按中国与该国之间税收协定（或安

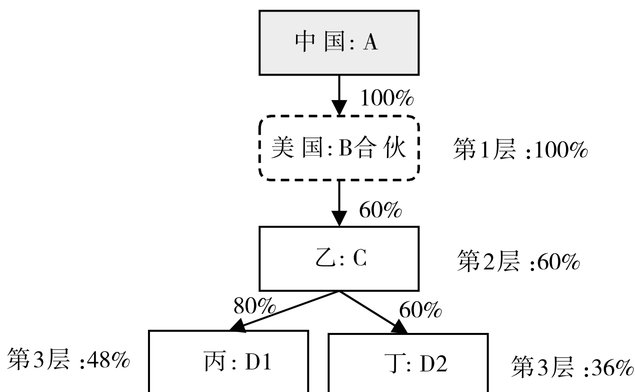
排）的规定执行。

40. 不具有独立纳税地位的境外分支机构特别包括企业在境外设立的分公司、代表处、办事处、联络处，以及在境外提供劳务、被劳务发生地国家（地区）认定为负有企业所得税纳税义务的营业机构和场所等。”

上述的解释将其限定于“分支机构”的范畴。但在实务中，我们经常会遇到的一种情形，如果投资链条中包含合伙或信托的情形下，如何适用呢？我国税法并没有明确的规定。譬如下例子就是这样的情形：

【例 54 –5】投资链条中存在合伙或信托时，不具有独立纳税地位的分支机构的界定

中国居民企业 A 公司有关投资架构图如下：



在美国税法中，合伙企业不属于所得税法的纳税主体，B 公司对于来源于 C 公司的股息分配或股权转让所得，需要按照所得性质类别分别处理：对于消极所得（股息所得、股权转让所得、利息等），应直接“穿透”到 A 公司（美国根据属地原则有征税权，实际联系原则，与 B 合伙有实际联系，认定为来源于美国的所得。同时，乙国可能基于属地原则，也享受管辖权，预提所得税）；对于积极所得（比如基金管理咨询服务费等），应按照“先分后税”（先在 B 合伙归集，再划分至 A）原则处理。那么，此时的问题是：

（1）B 合伙在抵免制度中，是否认定为“不具有独立纳税地位的分支机构”？

（2）B 合伙是否适用于税收协定？因为并非所有的税收协定都将合伙纳入协定的税收居民范畴，颇具争议；

（3）在间接抵免中，B 合伙是否应适用“穿透”原则？因为是否“穿透”对间接抵免层级以及税负的影响是重大的。

类似的情形，还存在信托等“透明体”（因各国税法规定，有所不同）中。

7. 跨境重组时，如何进行抵免？

应该讲，这是一个比较复杂的问题。特别是涉及纵向层级之间的跨境或者境外重组时，对直接抵免或是间接抵免（层级、原来结转的未弥补亏损等）都可能产生影响。我国税法没有并没有相关的衔接规定，值得研究。

除了上述这些问题之外，125 号文还存在其他一些技术上的细节问题。譬如，应针对“所得税性质的税款”出台区分“税”、“费”和“补贴”的实践指引；对于应当缴纳可以采用“法定纳税义务人”标准。明确两种特殊情况的处理原则：一是，代扣代缴的情形，纳税义务人并未改变；二是，代缴或实际负担情形，纳税义务人并未改变。比如，合同约定由对方承担税款；125 号文和 1 号公告明确了境内亏损不得弥补境内所得，也不得跨国弥补。同时，还明确了境外盈利可以弥补境内亏损。但没有进一步明确的是，境外盈利大于境内亏损时，如何确定抵免限额的问题。除此之外，还存在另外一种特殊的情形：如果境内当年盈利，但是有上年有未弥补亏损，这时是否可以用当年境外的所得来弥补境内上年亏损呢？限于篇幅，笔者不再详述。

第九篇　特别纳税调整与一般反避税

本篇综述

在企业所得税法领域，除了通常所称的一般纳税调整之外，各国税法还专门针对纳税人转让定价、预约定价安排、成本分摊协议、受控外国企业、资本弱化以及一般反避税等制定特别的纳税调整规则。我国《企业所得税法》及其实施条例对此进行了一些原则性的规定，《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整实施办法（试行）〉的通知》（国税发［2009］2号，下称“2号文”）以及《一般反避税管理办法（试行）》（国家税务总局令2014年第32号，下称“32号令”）则成为部门规章层面的详细规定，为税务机关和纳税人遵从特别纳税调整事项提供了实践指南。

随着经合组织（OECD）发布了一系列应对“税基侵蚀与利润转移”（Base Erosion and Profit Shifting，“BEPS”）的行动计划（下称“BEPS行动计划”）并颁布了2015年最终报告，对转让定价方法、转让定价同期资料全球新标准、受控外国企业规则等重要问题提出了立法建议。这些建议最终需要体现在各国的国内法中。2015年9月17日，国家税务总局发布了《特别纳税调整实施办法》征求意见稿（下称“《征求意见稿》”），对现行2号文的内容进行了全面修订。本次2号文的全面修订借鉴了各项BEPS行动计划的建议，增添了许多具有中国特色的元素，更进一步吸收总结了散见于各项法规中的特别纳税调整原则与措施。同时，还与32号令一起成为我国一般反避税规则的一部分。

本篇包括两个专题：特别纳税调整和一般反避税规则。前者主要对特别纳税调整的概念及涵义、我国有关企业所得税特别纳税调整的税法规定以及贯彻BEPS行动计划的《征求意见稿》的主要修订进行介绍；后者主要针对32号令、2号文以及《征求意见稿》的一般反避税规定进行介绍。

专题 55：特别纳税调整

内容概览

在本书前面各专题中，笔者对资本交易涉及的各环节或各领域的税务疑难问题进行了介绍和讨论，在其中，已经或多或少地论及了特别纳税调整的一些内容。特别纳税调整是指，针对纳税人的转让定价、资本弱化、成本分摊、受控外国企业及其他避税行为等特定纳税事项而赋予税务主管当局对其进行特别调整的权利。本专题包含如下内容：

■ 特别纳税调整的概念及涵义

■ 我国有关特别纳税调整的企业所得税法规定

■ 特别纳税调整实施办法的修订（征求意见稿和国家税务总局 2016 年第 42 号公告）——对 OECD 之 BEPS 行动计划的响应

一、特别纳税调整的概念及涵义

《企业所得税法》及其实施条例是对企业所得进行课税的法律法规规定，在此基础上，财政部、国家税务总局联合或者后者单独针对其企业所得计算进行了更为详细的规定，这些规定与会计法规及会计准则对利润总额的计算存在一些差异，因此，在计算企业应税所得时，我们一般以会计利润总额为基础，按照税法的规定对其进行调整，以计算出应税所得，并按规定计算缴纳企业所得税。这样的调整我们通常称为一般纳税调整。概括地讲，一般纳税调整是指，因会计制度和税收法规差异形成的需要按照税法规定对利润所得进行调整的各类事项，包括税法规定的工资、费用、提取的业务招待费、福利费、工会费、教育费、折旧等不能在税前扣除的各种开支等等。一般纳税调整仅发生在企业汇算清缴企业所得税的过程中。而特别纳税调整则是一个相对于一般纳税调整的概念，系指税务机关出于实施反避税之目的而对纳税人特定纳税事项所作的税务调整，包括针对纳税人转让定价、预约定价安排、成本分摊、受控外国企业、资本弱化以及其他一般避税行为等情况所进行的特别纳税调整事项。不严

格区分的话，特别纳税调整和通常意义上的反避税并无实质不同。

二、我国有关特别纳税调整的企业所得税法规定

（一）法律法规的规定

我国有关企业所得税特别纳税调整的法律法规依据主要是指《企业所得税法》、《企业所得税法实施条例》、《税收征管法》及其实施细则。

《企业所得税法》第四十一条规定："企业与其关联方之间的业务往来，不符合独立交易原则而减少企业或者其关联方应纳税收入或者所得额的，税务机关按照合理方法调整。"《企业所得税法实施条例》第一百一十条规定："企业所得税法第四十一条所称独立交易原则，是指没有关联关系的交易各方，按照公平成交价格和营业常规进行业务往来遵循的原则。"第一百一十一条规定："企业所得税法第四十一条所称合理方法，包括：（一）可比非受控价格法，是指按照没有关联关系的交易各方进行相同或者类似业务往来的价格进行定价的方法；（二）再销售价格法，是指按照从关联方购进商品再销售给没有关联关系的交易方的价格，减除相同或者类似业务的销售毛利进行定价的方法；（三）成本加成法，是指按照成本加合理的费用和利润进行定价的方法；（四）交易净利润法，是指按照没有关联关系的交易各方进行相同或者类似业务往来取得的净利润水平确定利润的方法；（五）利润分割法，是指将企业与其关联方的合并利润或者亏损在各方之间采用合理标准进行分配的方法；（六）其他符合独立交易原则的方法。"

同时，《税收征管法》第三十六条规定："企业或者外国企业在中国境内设立的从事生产、经营的机构、场所与其关联企业之间的业务往来，应当按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用；不按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用，而减少其应纳税的收入或者所得额的，税务机关有权进行合理调整。"《税收征管法实施细则》第五十四条规定："纳税人与其关联企业之间的业务往来有下列情形之一的，税务机关可以调整其应纳税额：（一）购销业务未按照独立企业之间的业务往来作价；（二）融通资金所支付或者收取的利息超过或者低于没有关联关系的企业之间所能同意的数额，或者利率超过或者低于同类业务的正常利率；（三）提供劳务，未按照独立企业之间业务往来收取或者支付劳务费用；（四）转让财产、提供财产使用权等业务往来，未按照独立企业之间业务往来作价或者收取、支付费用；（五）未按照独立企业之间业务往来作价的其他情形。"

从上述规定可以看出，特别纳税调整的主要关注点在于，关联企业之间的非遵循独立交易原则而进行的各种交易、价款或费用的收取或支付、劳务的提供、财产的转移等关联交易行为所造成的应税收入或所得额的减少，从而对国家税基的侵蚀。

（二）部门规章及规范性文件的规定

我国有关企业所得税特别纳税调整的部门规章主要是指《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整实施办法（试行）〉的通知》（国税发［2009］2 号，下称“2 号文”），[①] 2 号文主要针对纳税人转让定价、预约定价安排、成本分摊、受控外国企业、资本弱化以及其他一般避税行为等需要进行特别纳调整的事项进行了明确规定。2 号文是对《企业所得税法》及其实施条例和《税收征管法》及其实施细则相关规定进行补充和完善的最重要的配套文件。同时，《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整内部工作规程（试行）〉的通知》（国税发［2012］13 号）为税务机关进行特别纳税调整提供了明确的行动指南。其他的一些相关的政策文件还包括《国家税务总局关于关联股权债权交易适用特别纳税调整法律法规及有关规定的批复》（国税函［2012］262 号）、《国家税务总局关于发布〈税收协定相互协商程序实施办法〉的公告》（国家税务总局公告［2013］56 号）、《国家税务总局关于居民企业报告境外投资和所得信息有关问题的公告》（国家税务总局公告 2014 年第 38 号）、《国家税务总局关于特别纳税调整监控管理有关问题的公告》（国家税务总局公告 2014 年第 54 号）、《一般反避税管理办法（试行）》（国家税务总局令 2014 年第 32 号）、《国家税务总局关于企业向境外关联方支付费用有关企业所得税问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 16 号）、《国家税务总局关于规范成本分摊协议管理的公告》（国家税务总局公告［2015］45 号）以及《国家税务总局关于做好居民企业报告境外投资和所得信息工作的通知》（税总函［2015］327 号）等。笔者将其总结如下表 55－1：

---

① 笔者注：根据 2016 年 6 月 29 日发布的《国家税务总局关于完善关联申报和同期资料管理有关事项的公告》（国家税务总局公告 2016 年第 42 号）第二十七的规定，本公告适用于 2016 年及以后的会计年度。《特别纳税调整实施办法（试行）》（国税发〔2009〕2 号文件印发）第二章、第三章、第七十四条和第八十九条、《中华人民共和国企业年度关联业务往来报告表》（国税发〔2008〕114 号文件印发）同时废止。该规定实质是废止了 2 号文的关联申报（第二章）、同期资料准备（第三章）、成本分摊协议的同期资料（第七十四条）和资本弱化的同期资料（第八十九条）。

表 55－1：企业所得税特别纳税调整税收法规汇集

序号	文号	税收法规、文件名称	效力
1	主席令第 63 号	《中华人民共和国企业所得税法》	有效
2	国务院令第 512 号	《中华人民共和国企业所得税法实施条例》	有效
3	国税发［2009］2 号	《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整实施办法（试行）〉的通知》	有效①
4	国税发［2012］13 号	《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整内部工作规程（试行）〉的通知》	有效
5	国税函［2012］262 号	《国家税务总局关于关联股权债权交易适用特别纳税调整法律法规及有关规定的批复》	有效
6	主席令第 5 号	《中华人民共和国税收征收管理法》（2013 年修订）	有效
7	国务院令第 628 号	《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》（2013 年修订）	有效
8	国家税务总局公告［2013］56 号	《国家税务总局关于发布〈税收协定相互协商程序实施办法〉的公告》	有效
9	国家税务总局公告 2014 年第 38 号	《国家税务总局关于居民企业报告境外投资和所得信息有关问题的公告》	有效
10	国家税务总局公告 2014 年第 54 号	《国家税务总局关于特别纳税调整监控管理有关问题的公告》	有效
11	国家税务总局令 2014 年第 32 号	《一般反避税管理办法（试行）》	有效
12	国家税务总局公告 2015 年第 16 号	《国家税务总局关于企业向境外关联方支付费用有关企业所得税问题的公告》	有效
13	国家税务总局公告［2015］45 号	《国家税务总局关于规范成本分摊协议管理的公告》	有效
14	税总函［2015］327 号	《国家税务总局关于做好居民企业报告境外投资和所得信息工作的通知》	有效

注：①根据《国家税务总局关于规范成本分摊协议管理的公告》（国家税务总局公告［2015］45 号）的规定，国税发［2009］2 号第六十九条自 2015 年 7 月 16 日起废止。根据前述的国家税务总局公告 2016 年第 42 号的规定，国税发［2009］2 号第二章、第三章、第七十四条和第八十九条废止。

（三）《特别纳税调整实施办法（试行）》结构概述

如前所述，2 号文为税务机关进行特别纳税调整提供了明确的行动指南。国家税务总局公告 2016 年第 42 号（下称“42 号公告”）发布之前的 2 号文共包括 13 章、118 条，分别对关联申报、同期资料、转让定价方法、转让定价调查与调整、预约定价安排、成本分摊协议、受控外国企业、资本弱化以及一般反避税管理等内容进行了明确（有关框架结构参见表 55 - 2）。

三、特别纳税调整实施办法的修订（征求意见稿和国家税务总局 2016 年第 42 号公告）——对 OECD 之 BEPS 行动计划的响应

（一）《特别纳税调整实施办法》征求意见稿概述

2015 年 9 月 17 日，国家税务总局发布了《特别纳税调整实施办法》征求意见稿（下称“《征求意见稿》”），拟对现行 2 号文的内容进行了全面修订。2 号文于 2009 年初颁布，为中国的转让定价和反避税工作的开展提供了详细指引。随着关联交易复杂程度不断加深和全球转让定价、反避税领域理论和实践日益发展，2 号文的修订被提上了日程。更重要的是，经济合作与发展组织（OECD）发布了一系列应对“税基侵蚀与利润转移”（Base Erosion and Profit Shifting，“BEPS”）的行动计划（下称“BEPS 行动计划”），对转让定价方法、转让定价同期资料全球新标准、受控外国企业规则等重要问题提出了立法建议。这些建议最终需要体现在各国的国内法中。本次 2 号文的全面修订借鉴了各项 BEPS 行动计划的建议，增添了许多具有中国特色的元素，更进一步吸收总结了散见于各项法规中的特别纳税调整原则与措施。

对跨国集团而言，征求意见稿最重要的内容体现在如下几个方面：准备并申报三层结构文档体系的转让定价同期资料；加强转让定价分析与调查；明确特别纳税调整及调查程序；增加股权转让、无形资产、关联劳务等特殊交易的转让定价管理；细化受控外国企业规则等方面。笔者将其主要修订总结如下表 55 - 2。

表 55 - 2：《特别纳税调整实施办法（试行）》与《征求意见稿》修订

国税发［2009］2 号	《征求意见稿》	主要修订说明
第一章 总则	第一章 总则	在第 2 条新增第 2 款：“涉嫌偷税、逃避追缴欠税、骗税、抗税和虚开发票等税收违法行为需要立案稽查的，不适用本办法。”

续 表

第二章 关联申报（已被42号公告废止并取代）	第二章 关联申报	对关联关系的界定和关联交易类型的扩充：1. 对关联关系的概念进行了补充解释，如增加具体的计算公式用以判断交易双方是否存在借贷资金关联关系，细化企业高级管理人员和亲属关系的范围，增加“实质控制”定义等。对于因在“资金、经营、购销等方面”存在控制关系而构成关联关系的企业，意见稿增加了“双方存在持股关系或者同为第三方持股，但持股比例未达到25%的标准”这一条件。对于国有企业而言，意见稿明确了“仅因国家持股或者由国有资产管理部门委派高级管理人员、董事等”，不视为构成关联关系，说明立法日趋合理。2. 同时，对关联交易的类型进行了修改和补充，首次明确将资金池业务和股权转让纳入关联交易范畴。
第三章 同期资料管理（已被42号公告废止并取代）	第三章 同期资料	征求意见稿参考并在很大程度上借鉴了BEPS第13项行动计划（转让定价文档和国别报告）的建议，在第三章“同期资料”中，提出了以主体文档、本地文档和特殊事项文档并重的三层结构转让定价同期资料体系以及国别报告，以便于税务机关收集更多跨国集团的经营和税务信息，并进行转让定价发现评估。除前述同期资料之外，征求意见稿还规定了下列三项“同期资料特殊事项文档”：关联劳务特殊事项文档；成本分摊协议特殊事项文档；资本弱化特殊事项文档。
第四章 转让定价方法	第四章 转让定价方法	征求意见稿坚持遵循独立交易原则。除了2号文中的五种传统转让定价方法[①]外，征求意见稿还首次明确了“价值贡献分配法”和“资产评估方法”作为“其他方法”。根据征求意见稿的规定，价值贡献分配法通常适用于难以获取可比交易信息但能合理确定合并利润以及价值因素贡献的交易。具体而言，价值贡献分配法通过分析价值创造因素对跨国集团利润的贡献，将其合并利润在位于不同国家的关联企业之间进行分配。分配时应当考虑与价值贡献相关的资产、成本、费用、销售收入、员工人数等某一个或者某组要素组合。此外，征求意见稿将使用的资产列为功能风险分析的一部分，还进一步细化了可比性分析应考量的因素，特别是地域性特殊因素（主要指市场溢价和选址节约）、集团内部协同效应、营销型无形资产等。这些阐释很大程度上借鉴了《OECD跨国企业与税务机关转让定价指南》的内容。

续　表

第五章 转让定价调查与调整	第五章 特别纳税调查及调整	规范特别纳税调查程序，明确特别纳税调整方法。征求意见稿第五章对 2 号文规定的转让定价调查程序进行了细化，并将调查程序的适用范围扩展至其他特别纳税调整事项。同时，征求意见稿还明确了一些特殊交易的特别纳税调整方法，包括针对不具有经济实质的关联交易予以否定或重新定性，对来料加工业务的利润水平进行调整的同时，限定可比性调整的范围等。征求意见稿在第五章中还涉及了对企业电子信息系统的调查。
——	第六章 无形资产	作为征求意见稿的新增章节，第六章“无形资产”对无形资产、无形资产的法律所有权人、经济所有权人、无形资产收益等关键概念给出了定义，并强调了“无形资产收益分配应当与经济活动和价值贡献相匹配”的总体原则。这与 BEPS 行动计划中对无形资产利润分配核心要素的规定相一致。征求意见稿还对关联企业间特许权使用费支付安排的费率调整机制提供了更为详细的指引。与国家税务总局［2015］16 号[②]的立场类似，征求意见稿规定仅拥有无形资产法律所有权、未对无形资产价值做出贡献的一方，不应当参与无形资产收益的分配。
——	第七章 关联劳务	关联劳务交易的转让定价管理同样是征求意见稿的新增章节（即第七章“关联劳务”）。征求意见稿指出，关联劳务交易应当符合独立交易原则，具体包括（1）关联劳务属于受益性劳务；（2）支付或者收取价款符合独立交易原则。如果企业接受关联企业提供的非受益性劳务而支付的价款，税务机关应予以调整，在计算企业应纳税所得额时不得扣除。该原则和调整方法与国家税务总局［2015］16 号公告体现的立场基本一致。
第六章 预约定价安排管理	第八章 预约定价安排	征求意见稿第八章“预约定价安排”对预约定价安排的流程进行了细化，并明确了优先受理与拒绝受理企业申请预约定价安排的情形。同时明确，如果企业提交预约定价谈签意向前，税务机关已经对该企业开展特别纳税调整立案调查；或者企业申请续签预约定价安排，原预约定价安排采用四分位区间的，执行期间加权平均利润水平位于中位值以下；或者企业存在其他转让定价不合规的情况，税务机关可以拒绝企业提交的预约定价谈签意向。

续 表

第七章 成本分摊协议管理	第九章 成本分摊协议	相对于2号文的对应章节，征求意见稿第九章“成本分摊协议”的变化主要体现在以下方面：强调参与方对成果的拥有权；将地域性特殊因素评估纳入确定分摊成本时的考量之一；在计量无形资产或劳务的预期收益时，要求预期收益计量参数应当反映无形资产或劳务特性；企业执行成本分摊协议已不再需要层报税务总局备案，仅需在企业报送企业所得税申报表时附送成本分摊协议等相关资料即可[3]。此外，征求意见稿又规定了无论成本分摊协议是否采取预约定价安排的方式，参与成本分摊的企业均应当在次年5月31日之前准备完毕该年度成本分摊协议特殊事项文档。值得注意的是，征求意见稿仍然保留了2号文中对于“涉及劳务的成本分摊协议一般适用于集团采购和集团营销策划”的规定，表明税务总局对于集团以成本分摊协议的方式共同提供/接受劳务，仍然持较为谨慎的态度。
第八章 受控外国企业管理	第十章 受控外国企业	征求意见稿第十章对受控外国企业规则中的关键概念（例如“实际税负”、“单一持有”等）进行了解释，并援引BEPS第3项行动计划报告中关于如何判定“合理经营需要”以及“所得属性”的建议，对受控外国企业规则做了进一步指引。更重要的是，征求意见稿明确了受控外国企业“可归属所得”（即受控外国企业利润中应归属于居民企业的部分）的详细判定依据和计算方法，弥补了现行2号文在这方面的空缺。
第九章 资本弱化管理	第十一章 资本弱化	征求意见稿第十一章“资本弱化”的修订主要变动包括：扩大关联方债权性投资的范围，将流动负债和资金池的使用也纳入关联融资的范畴进行管理，并对利息的范围进行了详细的解释；将关联债资比的计算方法由按月计算改为逐笔计算，使计算方法更为严格；在同期资料中增加独立企业意愿标准等。

续　表

第十章 一般反避税管理	第十二章 一般反避税	征求意见稿第十二章“一般反避税”结合了《一般反避税管理办法（试行）》中的原则性条款，对2号文相应章节中的内容作了补充，再次强调了一般反避税规则的适用范围、主要特征、考量因素等。值得注意的是，征求意见稿规定如果税务机关发现企业与其关联方采取委托、代理、信托和其他方式隐匿关联交易的，税务机关可以根据经济实质认定关联交易。总体来看，与《一般反避税管理办法（试行）》以及现行2号文相比，本章内容并没有很大的突破。
——	第十三章 利润水平监控	征求意见稿新增利润水平监控一章，对税务机关的监控管理工作给出指引，包括要求税务机关建立关联交易风险等级机制，对企业的利润水平实施动态管理，对税收遵从意愿较低的高风险企业实施特别纳税调查，并对已实施特别纳税调整的企业在后期保持跟踪管理。这与目前国际上注重的风险管理导向税务审计的理念也是一致的。值得关注的是，征求意见稿还进一步明确了鼓励纳税人进行自行调整，同时强调税务机关对自行调整纳税人仍保留实施特别纳税调整调查的权力，这一规定回应了国家税务总局公告［2014］54号的规定。另外，征求意见稿删除了2号文中原有的5年跟踪管理期，税务机关可以根据企业的实际情况调整后续跟踪管理时间。
第十一章 相应调整及国际磋商	第十四章 相应调整及相互协商	征求意见稿第十四章“相应调整及相互协商”在2号文的基础上进一步完善了转让定价相关的相互协商程序[④]，明确要求主管税务机关根据相互协商程序的结果做好补征、退还税款等工作，为避免转让定价调整等特别纳税调整事项造成双重征税的情况提供了保障。其中，征求意见稿首次提出主管税务机关应当根据相互协商程序的结果进行退税，这无疑标志着转让定价相关的相互协商程序的一大进步，是中国税务机关帮助企业避免双重征税所推出的又一重要举措。
第十二章 法律责任	第十五章 法律责任	第十五章“法律责任”主要根据前述各章的变化相应作出了变化。主要包括：增加关联方的法律责任；增加了加收滞纳金的计算时点，便于减少争议。
第十三章 附则	第十六章 附则	相应作出了修订，包括删除过渡期规定等，因为过渡期已过。

注：①五种传统转让定价方法为可比非受控价格法、再销售价格法、成本加成法、交易净利润法、利润分割法。

②《关于企业向境外关联方支付费用有关企业所得税问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 16 号）及其解读，进一步明确了企业向境外关联方支付费用相关的转让定价问题。

③2015 年 5 月，国务院发布《关于取消非行政许可审批事项的决定》（国发［2015］27 号），取消了税务总局就成本分摊协议是否符合独立交易原则的审核。随后，税务总局发布《国家税务总局关于规范成本分摊协议管理的公告》（国家税务总局公告［2015］45 号）贯彻了该决定。征求意见稿对 2 号文的此处修改与 45 号公告一致。

④2013 年，税务总局曾发布《税收协定相互协商程序实施办法》（国家税务总局公告［2013］56 号），但明确不适用于与转让定价相关的相互协商程序。

（二）42 号公告对 2 号文的修订

在《征求意见稿》的基础上，42 号公告对关联申报的主体，关联关系的判定，关联交易类型，国别报告的报送主体、报送内容，以及同期资料的种类、内容、准备条件和时限等进行了详细规定。

限于篇幅，笔者在此仅介绍如下与一般意义上的资本交易活动相关联的几个主要的变化：[①]

1. 明确关联申报的主体

42 号公告第一条明确实行查账征收的居民企业和在中国境内设立机构、场所并据实申报缴纳企业所得税的非居民企业，年度内与其关联方发生业务往来的，应当进行关联申报。

2. 关联关系判定标准的修订

42 号公告第二条对关联关系判定标准进行了修订，主要包括如下几点：

（1）在判断是否因持股关系构成关联关系时，增加两个以上具有夫妻、直系血亲、兄弟姐妹以及其他抚养、赡养关系的自然人共同持股同一企业，判定关联关系时持股比例合并计算的规定。笔者认为，这显然是借鉴了家庭成员关系中“股权的推定所有权”规则。

（2）在判断是否因资金借贷构成关联关系时，明确了借贷资金总额占实收

---

① 笔者注：本部分在参考“关于《国家税务总局关于完善关联申报和同期资料管理有关事项的公告》的解读”的相关内容基础上，笔者进行了增补。

资本比例的计算方法。

（3）在判断是否因董事或高级管理人员的任职构成关联关系时，提示性列举了高级管理人员的范围包括上市公司董事会秘书、经理、副经理、财务负责人和公司章程规定的其他人员。

（4）明确具有夫妻、直系血亲、兄弟姐妹以及其他抚养、赡养关系的两个自然人分别与待判定是否构成关联关系的双方因持股关系、资金借贷关系、生产经营需依赖特定特许权交易、控制关系以及董事或高级管理人员的任职构成关联关系的，待判定的双方也构成关联关系。例如，丈夫与A公司构成关联关系，妻子与B公司构成关联关系，则A公司和B公司构成关联关系。

（5）增加关联关系年度内发生变化，关联关系按照实际存续期间认定的规定。例如，2015年1月1日至3月31日，A公司拥有B公司50%的股权，但A公司在2015年4月1日向C公司出售其拥有的B公司的30%的股权，C公司持有该股权至2015年12月31日。在这种情况下，不考虑其他可能构成关联关系的情形，A公司与B公司在2015年1月1日至3月31日期间构成关联关系，C公司与B公司在2015年4月1日至2015年12月31日期间构成关联关系。

（6）排除了仅因国家持股或者由国有资产管理部门委派董事、高级管理人员导致构成关联关系的情形。

3. 增加关联交易的种类

42号公告第三条增加了一项关联交易类型，即金融资产的转让。这里的金融资产包括应收账款、应收票据、其他应收款项、股权投资、债权投资和衍生金融工具形成的资产等。我们可以发现，《征求意见稿》第十一条第（六）项规定的“股权转让”纳入了金融资产的转让中。

4. 明确国别报告的报送主体和报送内容①

国别报告是BEPS第13项行动计划《转让定价文档和国别报告》中的一项重要内容。42公告将国别报告作为中华人民共和国企业年度关联业务往来报告表的附表，在年度企业所得税申报时一并报送。

（1）报送主体为我国居民企业，具体分为两类情形：

一是该居民企业为跨国企业集团的最终控股企业，且其上一会计年度合并财务报表中的各类收入金额合计超过55亿元。这里的最终控股企业是指能够合并其所属跨国企业集团所有成员实体财务报表的，且不能被其他企业纳入合并

① 42号公告第五至第八条。

财务报表的企业。上述成员实体包括：（1）实际已被纳入跨国企业集团合并财务报表的任一实体；（2）跨国企业集团持有该实体股权且按公开证券市场交易要求应被纳入但实际未被纳入跨国企业集团合并财务报表的任一实体；（3）仅由于业务规模或者重要性程度而未被纳入跨国企业集团合并财务报表的任一实体；（4）独立核算并编制财务报表的常设机构。

二是该居民企业被跨国企业集团指定为国别报告的报送企业。

（2）国别报告主要通过“国别报告－所得、税收和业务活动国别分布表”、“国别报告－跨国企业集团成员实体名单”和“国别报告－附加说明表”三张表单披露最终控股企业所属企业集团所有成员实体的全球所得、税收和业务活动的国别分布情况。

（3）最终控股企业为中国居民企业的跨国企业集团，其信息涉及国家安全的，可以按照国家有关规定，豁免填报部分或者全部国别报告。

（4）国别报告应当以中英文双语填写，税务机关可以按照我国对外签订的协定、协议或者安排将使用英文填写的国别报告信息与其他税务主管当局进行交换。

（5）税务机关可以在实施特别纳税调查时要求以下被调查企业提供国别报告：①跨国企业集团未向任何国家提供国别报告；②虽然跨国企业集团已向其他国家提供国别报告，但我国与该国尚未建立国别报告信息交换机制；③虽然跨国企业集团已向其他国家提供国别报告，且我国与该国已建立国别报告信息交换机制，但国别报告实际未成功交换至我国。

5. 同期资料的准备

42 号公告首次明确三层结构文档体系的转让定价同期资料。具体包括主体文档、本地文档以及特殊事项文档。[①]

（1）主体文档属于《征求意见稿》新增的要求，年度发生跨境关联交易且合并企业财务报表的最终控股企业所属企业集团已准备主体文档，或者年度关联交易总额超过 10 亿元的企业，应当准备主体文档。主体文档主要披露最终控股企业所属企业集团的全球业务整体情况。包括集团创造利润的重要价值驱动因素及集团内各企业的贡献、主要供应链和业务市场、集团重要的关联交易、业务重组、无形资产安排、财务及税务状况等[②]。显然，主体文档有赖于对集团全球业务、价值链以及核心竞争力的深刻理解，我国境内的外商投资企业通常

① 42 号公告第五至八条。

② 42 号公告第十一、十二条。

无法独立完成主体文档的编制工作。

（2）42 号公告规定年度关联交易金额符合下列条件之一的企业，应当就其全部关联交易准备本地文档：①有形资产所有权转让金额（来料加工业务按照年度进出口报关价格计算）超过 2 亿元。②金融资产转让金额超过 1 亿元。③无形资产所有权转让金额超过 1 亿元。④其他关联交易金额合计超过 4000 万元。[①]

此外，本地文档基本在 2 号文原第三章“同期资料管理”要求的资料基础上进行了丰富。相对于 2 号文规定，纳税人将被要求针对其经营活动进行更全面的披露及分析。譬如，42 号公告大规模增加了本地文档的披露内容，包括现行 2 号文未要求纳税人在同期资料中进行披露的价值链分析、对外投资、关联股权转让以及关联劳务。[②]

（3）特殊事项文档属于 42 号公告新增的要求，包括关联劳务特殊事项文档、成本分摊协议特殊事项文档、资本弱化特殊事项文档。[③]

此外，《征求意见稿》还明确，根据征求意见稿的规定，存在以下情形之一的企业，应当在年度企业所得税纳税申报时填报关联业务往来报告表中的《国别报告表》：该企业为跨国集团最终控股企业，且集团上一财务年度合并收入超过人民币 50 亿元；或该企业的最终控股企业不在中国境内，但该企业被跨国集团指定为国别报告的报送成员实体。[④]

（三）《特别纳税调整实施办法》征求意见稿对 2 号文的一些修订（42 号公告未明确）

1. 股权转让的转让定价管理

《征求意见稿》第四章“转让定价方法”对关联方股权转让的转让定价管理进行了明确。这是需要特别关注的一点，其实早在《国家税务总局关于关联股权债权交易适用特别纳税调整法律法规及有关规定的批复》（国税函［2012］262 号）中，国家税务总局就以批复的形式给予了明确，该文规定：“你局《关于股权债权交易是否适用特别纳税调整有关法律法规政策制度的请示》（川国税发［2012］5 号）收悉。关于你局对某企业进行股权关联交易调

① 42 号公告第十三条。
② 42 号公告第十四条第（三）项第 2、3、4、5 点。
③ 42 号公告第十五条。
④ 《征求意匠稿》第十二条第二款。

查涉及的关联股权或债权交易的法律适用问题，经研究，现批复如下：根据《中华人民共和国企业所得税法》及其实施条例、《中华人民共和国税收征收管理法》及其实施细则的有关规定，股权或债权的关联交易属于关联业务往来的内容，应当适用特别纳税调整的法律法规及有关规定。”《征求意见稿》对此的规定主要包括：

（1）明确了对股权转让适用可比非受控价格法时的可比性分析因素。这些因素包括“公司性质、业务结构、资产构成、所处行业、行业周期、经营模式、企业规模、资产配置和使用情况、企业所处经营阶段、成长性、经营风险、财务风险、交易时间、地理区域、股权关系、历史与未来经营情况、商誉、税收目的、流动性、经济走向、宏观政策、企业收入成本结构及其他因素。”①

（2）新增本地文档对关联股权转让的披露要求。需要披露的关联股权转让信息包括：①股权转让概况，包括尽职调查报告、转让背景、参与方、时间、定价方法、支付方式以及影响股权转让的其他因素；②股权转让标的相关信息，包括股权转让标的的地理位置，股权获取的时间、方式、成本，股权转让收益等信息；③股权转让标的资产评估报告。②

此外，考虑到实践中针对股权转让关联交易的定价存在困难，《征求意见稿》还增加了用于资产评估的成本法、市场法和收益法及其适用情形，③ 以解决传统转让定价方法难以用来审核关联方之间的资产（股权）转让交易的问题。

2. 受控外国企业管理

《征求意见稿》第十章对受控外国企业规则中的关键概念（例如“实际税负”、“单一持有”等）进行了解释，并援引 BEPS 第 3 项行动计划报告④中关于如何判定“合理经营需要”以及“所得属性”的建议，对受控外国企业规则做了进一步指引。更重要的是，征求意见稿明确了受控外国企业“可归属所得”（即受控外国企业利润中应归属于居民企业的部分）的详细判定依据和计算方法，弥补了现行 2 号文在这方面的空缺。主要包括：

（1）实际税负低于企业所得税法第四条第一款规定税率水平 50% 是指，受控外国企业在居住国实际缴纳的企业所得税性质税款与按照我国税法规定计算

① 《征求意见稿》第三十条第二款第（六）项“股权转让”。

② 《征求意见稿》第十六条第（三）项“关联交易”第 4 点“关联股权转让”。

③ 《征求意见稿》第三十五条第（二）项。

④ 第 3 项行动计划是指“制定有效受控外国公司规则”（“Designing Effective Controlled Foreign Company Rules”）。

的应纳税所得额的比率低于我国法定税率 50%。[①]

（2）居民企业或者中国居民直接或者间接单一持有外国企业 10% 以上有表决权股份是指以下情形：（一）居民企业或者中国居民直接持有外国企业股权。（二）中国居民通过与其存在姻亲、直系血亲、三代以内旁系血亲关系的居民个人间接持有的外国企业股份。（三）居民企业通过境内关联方间接持有的外国企业股份。企业多层间接持有股份按各层持股比例相乘计算，中间层持有股份超过 50% 的，按 100% 计算。[②]

（3）受控外国企业利润中应归属于居民企业的部分，称为可归属所得。受控外国企业取得所得是否为可归属所得可以按照以下方法判定：（一）分析受控外国企业雇员是否对企业所得有实质性贡献；（二）分析集团价值链及承担关键功能的集团企业，在假设集团企业完全为独立非关联的条件下，判断受控外国企业是否会拥有相应资产、承担相应风险以及获得与资产、风险相应的所得；（三）分析受控外国企业是否有与其获得的所得相符具备相应技能和数量的雇员，以及必要的机构场所；（四）其他合理方法。通常以下情况应当视为受控外国企业取得可归属所得：（一）不从事证券交易的受控外国企业取得股息所得；（二）不从事融资业务的受控外国企业取得利息所得；（三）不从事保险业务的受控外国企业取得保险所得；（四）受控外国企业从关联企业取得特许权使用费；（五）受控外国企业自关联企业购入产品或者劳务后不增加或者较少增加价值，将产品或者劳务出售取得的所得；（六）受控外国企业取得源自无形资产或风险转移收入超过正常回报的所得。[③] 该规定明确了“可归属所得”（即受控外国企业利润中应归属于居民企业的部分）的判断考量因素以及通常情况下应当视为受控外国企业取得可归属所得的情形。

（4）居民企业能够提供资料证明其控制的受控外国企业满足下列条件之一的，可免于将受控外国企业的利润计入居民企业当期所得：（一）当期留存收益低于 500 万元人民币；（二）可归属所得占受控外国企业当期所得比例低于 50%；（三）对利润不作分配或少作分配是由于合理的经营需要，如将利润投资于实质性生产经营活动或者投资活动的计划和实际活动等。[④] 该规定取消了 2 号文“设立在国家税务总局指定的非低税率国家（地区）”（“白名单”制度）的

---

① 《征求意见稿》第一百一十七条。
② 《征求意见稿》第一百一十六条。
③ 《征求意见稿》第一百一十九条。
④ 《征求意见稿》第一百二十条。

豁免规定。同时，对什么是“合理的经营需要”做出了进一步的解释。特别是，将从事投资活动的计划和实际活动纳入范围内，对境外投资性 CFC 可能是一个利好消息。

3. 资本弱化管理

《征求意见稿》第十一章“资本弱化”的修订主要变动包括：

（1）扩大关联方债权性投资的范围。企业从关联方接受且列支了利息的以下债权性投资也属于关联债权投资范围：（一）企业从集团资金池接受的关联债权性投资；（二）列支了利息或者由于延期付款而列支利息的关联流动负债及关联长期负债；（三）其他关联债权性投资。[①] 同时，对利息的范围进行了详细的界定。利息支出包括由于直接或者间接取得关联债权投资而实际列支的利息、支付给关联方的关联债权性投资担保费或者抵押费、特别纳税调整重新定性的利息、融资租赁的融资成本、关联债权性投资有关的金融衍生工具或者协议的名义利息、取得的关联债权性投资产生的汇兑损益及其他具有利息性质的费用。[②]

（2）将关联债资比的计算方法由按月计算改为逐笔计算，使计算方法更为严格。《征求意见稿》确定的关联债资比例计算方法如下：[③]

关联债资比例 = 年度加权平均关联债权投资/年度加权平均权益投资

其中：年度加权平均关联债权投资 = $\sum_{i=1}^{n} i$ 笔关联债权投资账面金额 × i 笔关联债权投资年度实际占用天数/365

年度加权平均权益投资 = $\sum_{i=1}^{n} i$ 笔权益性投资账面金额 × $\sum_{i=1}^{n} i$ 笔权益性投资年度实际占用天数/365

同时还明确，不得在计算应纳税所得额时扣除的利息支出，不得结转到以后纳税年度；应当按照实际列支的各关联方利息占关联方利息总额的比例，在各关联方之间进行分配，其中，分配给实际税负不低于该企业的境内关联方的利息准予扣除；直接或者间接实际支付给境外关联方的利息应当视同分配的股息，按照股息和利息分别适用的所得税税率差补征企业所得税，如已扣缴的所得税税款多于按股息计算应征所得税税款的，多出的部分不予退税。[④]

需要说明的是，42 号公告第十七条废止了 2 号文的第八十九条，即明确了

---

① 《征求意见稿》第一百二十八条。

② 《征求意见稿》第一百三十一条。

③ 《征求意见稿》第一百二十九条。

④ 《征求意见稿》第一百三十二条。

资本弱化特殊事项文档包括的内容。与《征求意见稿》的内容基本一致，相对于2号文而言，主要变化是增加了“非关联方是否能够并且愿意接受上述融资条件、融资金额及利率”以及修订了“企业为取得债权性投资而提供的抵押品情况及条件”。

4. 一般反避税管理

《征求意见稿》第十二章结合了《一般反避税管理办法（试行）》（国家税务总局令2014年第32号，下称“32号令”）中的原则性条款，对2号文相应章节中的内容作了补充，再次强调了一般反避税规则的适用范围、主要特征、考量因素等。值得注意的是，《征求意见稿》强调，如果税务机关发现企业与其关联方采取委托、代理、信托和其他方式隐匿关联交易的，税务机关可以根据经济实质认定关联交易。① 总体来看，与32号令以及现行2号文相比，并没有实质性的突破。一般反避税的详细内容，请读者参阅“专题56：一般反避税规则”。

① 《征求意见稿》第一百三十八条第二款。

专题 56：一般反避税规则

内容概览

在上一专题中，笔者讨论了企业所得税的特别纳税调整规则，其中简单介绍了《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整实施办法（试行）〉的通知》（国税发［2009］2 号）第十章“一般反避税管理”以及《特别纳税调整实施办法（征求意见稿）》的相关内容。在本专题，笔者将在《一般反避税管理办法（试行）》（国家税务总局令 2014 年第 32 号）的基础上结合《特别纳税调整实施办法（征求意见稿）》的相关内容进行详细介绍。本专题包含如下内容：

■ 一般反避税的概念及涵义

■ 我国有关一般反避税的企业所得税规定概述

■ 一般反避税管理——以 2 号文和 32 号令为中心

一、一般反避税的概念及涵义

“偷税”、“逃税”等概念及行为一般是从《税收征管法》及其实施细则的角度进行管理，而通常意义上的“避税”是指纳税人通过一些计划或安排，在现有税法的框架下实现税收利益，但从税收征管的角度已经不能或不足以对某个避税行为进行法律否定的时候，就需要通过专门的一般反避税规则来保护国家的税收利益。如前所述，《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整实施办法（试行）〉的通知》（国税发［2009］2 号，下称“2 号文”）就是除《企业所得税法》及其实施条例以及《税收征管法》及其实施细则原则性规定之外的针对避税的管理办法。其第十一章“一般反避税管理”系反避税的一般性的规则，属于“兜底性”规定。对于不属于 2 号文明文规定的转让定价、资本弱化、受控外国企业、成本分摊等情形，也无法简单地以税法规定规制的避税行为，则可以适用一般反避税的条款规定。一般反避税条款出现的目的，是用以判断税和商业之间的平衡，如果交易安排是以减少税收为唯一或主要目的，那么税法就保留了对该交易按照税法重新定性的处置权力，以保障国家税收利益。在这

方面，除了2号文之外，最主要的规定是《一般反避税管理办法（试行）》（国家税务总局令2014年第32号，下称“32号令”）。

二、我国有关一般反避税的企业所得税法规定

（一）法律法规的规定

我国有关企业所得税一般反避税规则的法律法规依据主要是指《企业所得税法》及其实施条例。《企业所得税法》第四十七条规定：“企业实施其他不具有合理商业目的的安排，而减少其应纳税收入或者所得额的，税务机关有权按照合理方法调整。”《企业所得税实施条例》第一百二十条规定：“企业所得税法第四十七条所称不具有合理商业目的，是指以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的。”这些规定主要对什么是“不具有合理商业目的”进行了介绍。

（二）部门规章及规范性文件的规定

我国企业所得税一般反避税规则的部门规章主要是指2号文。2号文除了主要针对纳税人转让定价、预约定价安排、成本分摊、受控外国企业、资本弱化进行明确规定之外，还专章规定了“一般反避税管理”。此外，32号令全面规范了2号文一般反避税管理的业务操作，并进一步明晰了相关业务执行中的政策规定。

此外，《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》（国税函［2009］698号）、[①]《国家税务总局关于非居民企业股权转让适用特殊性税务处理有关问题的公告》（国家税务总局公告2013年第72号）、[②]《国家税务总局关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》（国

① 笔者注：根据《国家税务总局关于非居民企业股权转让适用特殊性税务处理有关问题的公告》（国家税务总局公告2013年第72号）规定，该文第九条有关特殊性税务处理需要省级税务机关核准的规定自2013年12月11日起废止。同时，根据《国家税务总局关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》（国家税务总局公告2015年第7号）规定，该文第五条有关间接转让中国居民企业股权实际税负低于12.5%或者对其居民境外所得不征所得税的，以及第六条有关境外投资方（实际控制方）通过滥用组织形式等安排间接转让中国居民企业股权，且不具有合理的商业目的，规避企业所得税纳税义务的规定自2015年2月3日起废止。

② 笔者注：根据《国家税务总局关于修改〈非居民企业所得税核定征收管理办法〉等文件的公告》（国家税务总局公告2015年第22号）规定，72号公告第七条自2015年6月1日起修改为：“非居民企业股权转让适用特殊性税务处理备案后经调查核实不符合条件的，应调整适用一般性税务处理，按照有关规定缴纳企业所得税。非居民企业股权转让适用特殊性税务处理未进行备案的，税务机关应告知其按照本公告第二条、第三条的规定办理备案手续。”

家税务总局公告2015年第7号）、[1]《国家税务总局关于修改〈非居民企业所得税核定征收管理办法〉等文件的公告》（国家税务总局公告2015年第22号）以及《国家税务总局关于印发〈非居民企业间接转让财产企业所得税工作规程（试行）〉的通知》（税总发［2015］68号）等相关规定对境外非居民企业间接转让中国应税财产（包括应税股权）不具有合理商业目的的情形进行了规范。[2]同时，对于企业重组交易，《财政部、国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税［2009］59号）、《国家税务总局关于发布〈企业重组业务企业所得税管理办法〉的公告》（国家税务总局公告2010年第4号）、《财政部 国家税务总局关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知》（财税［2014］109号）、《国家税务总局关于企业重组业务企业所得税征收管理若干问题的公告》（国家税务总局公告2015年第48号）等相关法规亦对不具有合理商业目的以及实质重于形式原则等作出了明确。

三、一般反避税管理——以2号文和32号令为中心

2014年12月2日，国家税务总局发布了32号令，自2015年2月1日起施行。32号令系对2号文的进一步完善，它进一步明确了一般反避税的原则及适用范围，并从立案、调查到结案三个主要阶段制定了一套明确的执行程序。譬如，主管税务机关应在9个月以内完成实施一般反避税的整套程序，可以有效避免基层税务机关拖延实施一般反避税进程，对纳税人而言无疑是利好的消息。

（一）32号令与2号文一般反避税规定的法律关系

根据32令第一条规定："为规范一般反避税管理，根据《中华人民共和国企业所得税法》（以下简称企业所得税法）及其实施条例、《中华人民共和国税收征收管理法》（以下简称税收征管法）及其实施细则，制定本办法。"因此，其制定的上位法依据是《税收征管法》及其实施细则，而不是2号文。尽管32号令并没有明确其与2号文第十章"一般反避税管理"之间的适用关系，但鉴于其属于对一般反避税管理的政策规定和业务操作的专门规定，应理解为优先适用于2号文第十章的规定。同时，如果32号令没有明确规定的，依然可以适用2号文的相关规定。

---

[1] 笔者注：7号公告废止了698号文第五、第六条，即间接转让中国居民股权应适用7号公告的相应规定。

[2] 笔者注：有关非居民企业间接转让中国应税股权的内容，请读者参阅"专题22：非居民企业转让境内企业股权的所得税问题"的相关内容。

（二）32 号令和 2 号文一般反避税规定的适用范围

根据 2 号文第九十二条规定："税务机关可依据所得税法第四十七条及所得税法实施条例第一百二十条的规定对存在以下避税安排的企业，启动一般反避税调查：（一）滥用税收优惠；（二）滥用税收协定；（三）滥用公司组织形式；（四）利用避税港避税；（五）其他不具有合理商业目的的安排。"[①] 我们可以看出，一般反避税管理办法对前述五种情形可以适用一般反避税调查和程序。同时，32 号令第二条对除外情形进行了明确："本办法适用于税务机关按照企业所得税法第四十七条、企业所得税法实施条例第一百二十条的规定，对企业实施的不具有合理商业目的而获取税收利益的避税安排，实施的特别纳税调整。下列情况不适用本办法：（一）与跨境交易或者支付无关的安排；（二）涉嫌逃避缴纳税款、逃避追缴欠税、骗税、抗税以及虚开发票等税收违法行为。"从后者的规定可以看出，第（一）项情形被排除的原因在于，由于实践中针对境内纳税人之间的避税行为或交易，各地税务机关启动了大量的一般反避税管理规定，但实际税负相同的境内关联方之间的业务往来，只要在总体上不减少国家税收收入的，税务机关原则上不作纳税调整。因此，上述第（一）项再次重申这不属于一般反避税管理的适用范围；对于第（二）项情形，由于这属于《税收征管法》及其实施细则规制的范畴，亦排除在外。

（三）一般反避税原则

根据 32 号令第二条的规定，税务机关有权对企业实施的不具有合理商业目的而获取税收利益的避税安排，实施特别纳税调整。同时，其第四条规定："避税安排具有以下特征：（一）以获取税收利益为唯一目的或者主要目的；（二）以形式符合税法规定、但与其经济实质不符的方式获取税收利益。"第三条规定："税收利益是指减少、免除或者推迟缴纳企业所得税应纳税额。"因此，从一般意义上理解，只要纳税人能够证明业务安排或计划并非以获得税收利益为唯一目的或主要目的，或者并非以形式符合税法规定、但与其经济实质不符的方式获取税收利益，则不属于一般反避税管理的适用范围。我们可以看出，这样的规定实质是对一般反避税管理适用情形进行的进一步的解释和界定。需要注意的是，《特别纳税调整实施办法（征求意见稿）》（下称"《征求意见稿》"）第一百三十八条还明确："税务机关判断安排是否存在税收利益时，应当考虑安

① 笔者注：需要注意的是，《特别纳税调整实施办法（征求意见稿）》对第（五）项作出了更精准的描述："（五）其他不具有合理商业目的而以获取税收利益为唯一目的或者主要目的的安排。"

排的经济实质和安排的结果及其对企业的影响，合理选择能够达成与该安排同等商业目的但没有避税效果的替代安排进行比较。企业与其关联方采取委托、代理、信托和其他方式隐匿关联交易的，税务机关可以根据经济实质认定关联交易。”

同时，32 号令第六条规定：“企业的安排属于转让定价、成本分摊、受控外国企业、资本弱化等其他特别纳税调整范围的，应当首先适用其他特别纳税调整相关规定。企业的安排属于受益所有人、利益限制等税收协定执行范围的，应当首先适用税收协定执行的相关规定。”因此，如果企业的安排属于转让定价等其他特别纳税范围的以及属于税收协定执行范围的，应优先适用 2 号文相关转让定价的规定以及税收协定执行。需要注意的是，《征求意见稿》还增加明确“对上述规定仍无法消除税收利益的安排，税务机关可以实施一般反避税调查和调整”。

（四）一般反避税调整方法

根据 2 号文第九十四条规定：“税务机关应按照经济实质对企业的避税安排重新定性，取消企业从避税安排获得的税收利益。对于没有经济实质的企业，特别是设在避税港并导致其关联方或非关联方避税的企业，可在税收上否定该企业的存在。”32 号令第五条对此作出了进一步的明确：“税务机关应当以具有合理商业目的和经济实质的类似安排为基准，按照实质重于形式的原则实施特别纳税调整。调整方法包括：（一）对安排的全部或者部分交易重新定性；（二）在税收上否定交易方的存在，或者将该交易方与其他交易方视为同一实体；（三）对相关所得、扣除、税收优惠、境外税收抵免等重新定性或者在交易各方间重新分配；（四）其他合理方法。”从前述规定可以看出，调整方法主要包括对交易的重新定性、否定交易方的法律形式存在、对税收利益重新定性或重新分配以及其他合理方法等。

同时，根据 2 号文第九十三条规定，“税务机关应按照实质重于形式的原则审核企业是否存在避税安排，并综合考虑安排的以下内容：（一）安排的形式和实质；（二）安排订立的时间和执行期间；（三）安排实现的方式；（四）安排各个步骤或组成部分之间的联系；（五）安排涉及各方财务状况的变化；（六）安排的税收结果”等因素。需要注意的是，《征求意见稿》第一百三十九条在前述六项因素的基础上新增了另外两项考量因素：一是安排涉及各方的关系；二是其他相关内容。

（五）一般反避税管理实施程序

根据2号文第九十七条的规定："一般反避税调查及调整须层报国家税务总局批准。"但在实践中，各地税务机关在启动一般反避税管理中并没有严格执行该规定。部分原因在于2号文第九十七条只是进行了原则性的规定，并没有明确层报的具体方式、方法、内容以及层报的具体程序要求等。各级税务机关主观上不愿意层报。此外，还有一个原因是层报可能会大大降低税务机关办案的效率。因此，在后来的《国家税务总局关于印发〈特别纳税调整内部工作规程（试行）〉的通知》（国税发［2012］13号）中，国家税务总局进一步明确立案及层报总局审核及总局审核后具体执行等程序要求。[①] 32号令在前述规定的基础上进一步明确了层报程序和与地方各级税务机关在业务处理上的往来要求。32号令将一般反避税管理划分为"立案"、"调查"、"结案"以及"争议处理"等四个阶段。有关内容如下：

1. 立案阶段

根据32令第二章"立案"第八条的规定："主管税务机关发现企业存在避税嫌疑的，层报省、自治区、直辖市和计划单列市（以下简称省）税务机关复核同意后，报税务总局申请立案。"同时，第九条规定："省税务机关应当将税务总局形成的立案申请审核意见转发主管税务机关。税务总局同意立案的，主管税务机关实施一般反避税调查。"

2. 调查阶段

32号令第三章"调查"明确了主管税务机关实施一般反避税调查的程序要求。主要包括如下几点：

（1）主管税务机关实施一般反避税调查时，应当向被调查企业送达《税务检查通知书》（32号令第十条）；

（2）被调查企业有异议时，应自收到《税务检查通知书》之日起60日内提供异议资料。企业因特殊情况不能按期提供的，可以向主管税务机关提交书面延期申请，经批准可以延期提供，但是最长不得超过30日。主管税务机关应当

---

① 笔者注：国税发［2012］13号第十二条规定："调查对象确定后，主管税务机关应填制《特别纳税调整立案审核表》（附件2），附立案报告及有关资料，通过特别纳税调整案件管理系统层报省税务机关复核。省税务机关复核后同意上报税务总局立案的，应将《特别纳税调整立案审核表》、立案报告及有关资料通过特别纳税调整案件管理系统呈报税务总局审核。"第十三条规定："税务总局审核通过的立案申请，省税务机关应及时通过特别纳税调整案件管理系统将批准后的《特别纳税调整立案审核表》及有关资料转发给主管税务机关组织实施调查。税务总局审核不同意立案的，省税务机关应将审核结论通过特别纳税调整案件管理系统转发给主管税务机关。"

自收到企业延期申请之日起 15 日内书面回复。逾期未回复的，视同税务机关同意企业的延期申请（32 号令第十一条）；企业拒绝提供资料的，主管税务机关可以按照税收征管法第三十五条的规定进行核定（32 号令第十二条）；[①]

（3）一般反避税调查涉及向筹划方、关联方以及与关联业务调查有关的其他企业调查取证的，主管税务机关应当送达《税务事项通知书》（32 号令第十四条）；

（4）主管税务机关审核企业、筹划方、关联方以及与关联业务调查有关的其他企业提供的资料，可以采用现场调查、发函协查和查阅公开信息等方式核实。需取得境外有关资料的，可以按有关规定启动税收情报交换程序，或者通过我驻外机构调查收集有关信息。涉及境外关联方相关资料的，主管税务机关也可以要求企业提供公证机构的证明（32 号令第十五条）。

3. 结案阶段

32 号令第四章“结案”明确了主管税务机关对一般反避税案件结案的要求。主要包括如下几点：

（1）明确了办案期限。即，主管税务机关根据调查过程中获得的相关资料，自税务总局同意立案之日起 9 个月内进行审核，形成案件不予调整或者初步调整方案的意见和理由，层报省税务机关复核同意后，报税务总局申请结案（32 号令第十六条）。

（2）主管税务机关根据税务总局审核意见分别作出如下处理：①同意不予调整的，向被调查企业下发《特别纳税调查结论通知书》；②同意初步调整方案的，向被调查企业下发《特别纳税调查初步调整通知书》；③税务总局有不同意见的，按照税务总局的意见修改后再次层报审核。

同时，被调查企业在收到《特别纳税调查初步调整通知书》之日起 7 日内未提出异议的，主管税务机关应当下发《特别纳税调查调整通知书》。被调查企业在收到《特别纳税调查初步调整通知书》之日起 7 日内提出异议，但是主管税务机关经审核后认为不应采纳的，应将被调查企业的异议及不应采纳的意见和理由层报省税务机关复核同意后，报税务总局再次申请结案。被调查企业在

---

① 笔者注：类似的规定可以参见 2 号文第九十五条：“税务机关启动一般反避税调查时，应按照征管法及其实施细则的有关规定向企业送达《税务检查通知书》。企业应自收到通知书之日起 60 日内提供资料证明其安排具有合理的商业目的。企业未在规定期限内提供资料，或提供资料不能证明安排具有合理商业目的的，税务机关可根据已掌握的信息实施纳税调整，并向企业送达《特别纳税调查调整通知书》。”

收到《特别纳税调查初步调整通知书》之日起7日内提出异议，主管税务机关经审核后认为确需对调整方案进行修改的，应当将被调查企业的异议及修改后的调整方案层报省税务机关复核同意后，报税务总局再次申请结案（32号令第十七条）。

（3）主管税务机关应当根据税务总局考虑企业异议形成的结案申请审核意见，区分以下情况进行处理：①同意不应采纳企业所提异议的，向被调查企业下发《特别纳税调查调整通知书》；②同意修改后调整方案的，向被调查企业下发《特别纳税调查调整通知书》；③税务总局有不同意见的，按照税务总局的意见修改后再次层报审核（32号令第十八条）。

4. 争议处理阶段

32号令第五章“争议处理”明确了主管税务机关对一般反避税案件争议处理的要求。主要包括如下几点：

（1）被调查企业对主管税务机关作出的一般反避税调整决定不服的，可以按照有关法律法规的规定申请法律救济（32号令第十九条）。

（2）主管税务机关作出的一般反避税调整方案导致国内双重征税的，由税务总局统一组织协调解决（32号令第二十条）。

在这一条中，实践中可能导致出现新的问题，即对国家税务总局统一组织协商解决不服的，纳税人如何进行法律救济？纳税人向谁提起行政复议及行政诉讼？行政复议及行政诉讼的管辖及审理等。

（3）被调查企业认为我国税务机关作出的一般反避税调整，导致国际双重征税或者不符合税收协定规定征税的，可以按照税收协定及其相关规定申请启动相互协商程序（32号令第二十一条）。

（六）举证责任

32号令明确了一般反避税管理程序中各当事人的举证责任。即纳税人（被调查企业）在税务机关提出要求时负有举证责任（32号令第十一条）。与2号文的现行规定类似，被调查企业的筹划方亦具有举证责任（32号令第十四条、2号文第九十六条①）。需要注意的是，32号令还首次明确了被调查企业的关联方以及与关联业务调查有关的其他企业的举证责任（32号令第十四条）。

① 2号文第九十六条规定：“税务机关实施一般反避税调查，可按照征管法第五十七条的规定要求避税安排的筹划方如实提供有关资料及证明材料。”

附　录

附录 1：

资本交易业务相关财税法规文件指引

一、会计、财务法律文件

序号	文号	发文机关	法规/文件名称	发布时间	实施时间
01	财工字［1996］224 号	财政部	企业兼并有关财务问题的暂行规定	1996－08－20	1996－08－20
02	财政部令第 33 号	财政部	企业会计准则——基本准则	2006－01－15	2007－01－01
03	财会［2006］3 号	财政部	企业会计准则第 1 号——存货	2006－02－15	2006－02－15
04	财会［2006］3 号	财政部	企业会计准则第 4 号——固定资产	2006－02－15	2006－02－15
05	财会［2006］3 号	财政部	企业会计准则第 6 号——无形资产	2006－02－15	2006－02－15
06	财会［2006］3 号	财政部	企业会计准则第 7 号——非货币性资产交换	2006－02－15	2006－02－15
07	财会［2006］3 号	财政部	企业会计准则第 12 号——债务重组	2006－02－15	2006－02－15
08	财会［2006］3 号	财政部	企业会计准则第 14 号——收入	2006－02－15	2006－02－15
09	财会［2006］3 号	财政部	企业会计准则第 18 号——所得税	2006－02－15	2006－02－15
10	财会［2006］3 号	财政部	企业会计准则第 20 号——企业合并	2006－02－15	2006－02－15
11	财会［2006］3 号	财政部	企业会计准则第 22 号——金融工具确认和计量	2006－02－15	2006－02－15
12	财企［2006］67 号	财政部	财政部关于《公司法》施行后有关企业财务处理问题的通知	2006－03－15	2006－03－15

13	财会［2007］14 号	财政部	财政部关于印发企业会计准则解释第 1 号的通知	2007 – 11 – 16	2007 – 11 – 16
14	财会［2008］11 号	财政部	财政部关于印发企业会计准则解释第 2 号的通知	2008 – 08 – 07	2008 – 08 – 07
15	财会［2009］8 号	财政部	财政部关于印发企业会计准则解释第 3 号的通知	2009 – 06 – 11	2009 – 06 – 11
16	财会［2010］15 号	财政部	财政部关于印发企业会计准则解释第 4 号的通知	2010 – 07 – 14	2010 – 07 – 14
17	财会［2012］19 号	财政部	财政部关于印发企业会计准则解释第 5 号的通知	2012 – 11 – 05	2012 – 11 – 05
18	财会［2014］1 号	财政部	财政部关于印发企业会计准则解释第 6 号的通知	2014 – 01 – 17	2014 – 01 – 17
19	财会［2014］6 号	财政部	关于印发《企业会计准则第 39 号——公允价值计量》的通知	2014 – 01 – 26	2014 – 07 – 01
20	财会［2014］7 号	财政部	关于印发修订《企业会计准则第 30 号——财务报表列报》的通知	2014 – 01 – 26	2014 – 07 – 01
21	财会［2014］10 号	财政部	关于印发修订《企业会计准则第 33 号——合并财务报表》的通知	2014 – 02 – 17	2014 – 07 – 01
22	财会［2014］11 号	财政部	关于印发《企业会计准则第 40 号——合营安排》的通知	2014 – 02 – 17	2014 – 07 – 01
23	财会［2014］13 号	财政部	金融负债与权益工具的区分及相关会计处理规定	2014 – 03 – 21	2014 – 03 – 21
24	财会［2014］14 号	财政部	关于印发修订《企业会计准则第 2 号——长期股权投资》的通知	2014 – 03 – 13	2014 – 07 – 01
25	财会［2014］23 号	财政部	关于印发修订《企业会计准则第 37 号——金融工具列报》的通知	2014 – 06 – 20	2014 – 07 – 01
26	财会［2015］19 号	财政部	关于印发《企业会计准则解释第 7 号》的通知	2015 – 11 – 04	2015 – 11 – 04

二、税收法律文件

（一）企业所得税法律文件

序号	文号	发文机关	法规/文件名称	发布时间	实施时间
01	主席令第 63 号	全国人民代表大会	中华人民共和国企业所得税法	2007－03－18	2008－01－01
02	国税函［2007］403 号①	国家税务总局	国家税务总局关于《内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排》有关条文解释和执行问题的通知	2007－04－04	2007－04－04
03	国务院令第 512 号	国务院	中华人民共和国企业所得税法实施条例	2007－12－06	2008－01－01
04	国发［2007］39 号	国务院	国务院关于实施企业所得税过渡优惠政策的通知	2007－12－26	2008－01－01
05	国发［2007］40 号	国务院	国务院关于经济特区和上海浦东新区新设立高新技术企业实行过渡性税收优惠的通知	2007－12－26	2008－01－01
06	财税［2008］001 号②	财政部 国家税务总局	财政部国家税务总局关于企业所得税若干优惠政策的通知	2008－02－22	2008－02－22

---

① 《国家税务总局关于〈内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排〉有关条文解释和执行问题的通知》中第四条第二款、第十四条已被《国家税务总局公告 2011 年第 2 号——全文失效废止、部分条款失效废止的税收规范性文件目录》于 2011 年 1 月 4 日废止。依据国家税务总局关于发布《非居民纳税人享受税收协定待遇管理办法》的公告（国家税务总局公告 2015 年第 60 号），该法规的相应内容废止。即“对要求享受《安排》待遇的香港居民，尤其是涉及构成其他国家（地区）居民个人或在香港以外地区成立的居民法人，应慎重执行《安排》规定。对其居民身份判定不清的由县以上主管税务机关向上述居民开具《关于请香港特别行政区税务主管当局出具居民身份证明的函》，由纳税人据此向香港税务局申请为其开具香港居民身份证明（身份证明表样附后），或将情况报送税务总局审定”。自 2015 年 11 月 1 日起废止。

② 《财政部、国家税务总局关于企业所得税若干优惠政策的通知》（2008）法规中的第一条第（一）项至第（九）项已被《财政部、国家税务总局关于进一步鼓励软件产业和集成电路产业发展企业所得税政策的通知》于 2011 年 1 月 1 日停止执行。

07	国税函［2008］685 号	国家税务总局	国家税务总局关于执行内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排第二议定书有关问题的通知	2008－07－19	2008－07－19
08	财税［2008］130 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于非居民企业征收企业所得税有关问题的通知	2008－09－25	2008－01－01
09	国税函［2008］828 号	国家税务总局	国家税务总局关于企业处置资产所得税处理问题的通知	2008－10－09	2008－01－01
10	国税函［2008］1076 号	国家税务总局	国家税务总局关于印发新疆维吾尔自治区国家税务局正确处理滥用税收协定案例的通知	2008－12－30	——
11	国税发［2009］2 号①	国家税务总局	国家税务总局关于印发《特别纳税调整实施办法（试行）》的通知	2009－01－08	2008－01－01
12	国税发［2009］3 号	国家税务总局	国家税务总局关于印发《非居民企业所得税源泉扣缴管理暂行办法》的通知	2009－01－09	2009－01－09
13	国税函［2009］37 号	国家税务总局	国家税务总局关于简化判定中国居民股东控制外国企业所在国实际税负的通知	2009－01－21	2009－01－21
14	国税函［2009］81 号	国家税务总局	国家税务总局关于执行税收协定股息条款有关问题的通知	2009－02－10	2009－02－10
15	财税［2009］57 号	财政部 国家税务总局	财政部国家税务总局关于企业资产损失税前扣除政策的通知	2009－04－16	29008－01－01

① 2015 年 9 月 17 日，国家税务总局发布了《特别纳税调整实施办法》征求意见稿，对现行 2 号文的内容进行了全面修订。请读者关注后续文件的出台。

16	国税发［2009］82 号[①]	国家税务总局	国家税务总局关于境外注册中资控股企业依据实际管理机构标准认定为居民企业有关问题的通知	2009－04－20	2008－01－01
17	财税［2009］59 号	财政部 国家税务总局	财政部、国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知	2009－04－30	2008－01－01
18	财税［2009］60 号	财政部 国家税务总局	财政部、国家税务总局关于企业清算业务企业所得税处理若干问题的通知	2009－04－30	2008－01－01
19	国税函［2009］388 号	国家税务总局	国家税务总局关于印发《中华人民共和国企业清算所得税申报表》的通知	2009－07－17	2009－07－17
20	国税函［2009］601 号	国家税务总局	国家税务总局关于如何理解和认定税收协定中“受益所有人”的通知	2009－10－27	2009－10－27
21	国税函［2009］684 号	国家税务总局	国家税务总局关于企业清算所得税有关问题的通知	2009－12－04	2009－12－04
22	国税函［2009］698 号	国家税务总局	国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知	2009－12－10	2008－01－01
23	财税［2009］125 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于企业境外所得税收抵免有关问题的通知	2009－12－25	2008－01－01
24	国税函［2010］79 号	国家税务总局	国家税务总局关于贯彻落实企业所得税法若干税收问题的通知	2010－02－22	2010－02－22

① 《国家税务总局关于依据实际管理机构标准实施居民企业认定有关问题的公告》（国家税务总局公告 2014 年第 9 号）已经将 82 号文的审批权限下放至省级税务机关。

25	国税发［2010］64 号	国家税务总局	国家税务总局关于《中华人民共和国政府和巴巴多斯政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定议定书》生效执行的通知	2010－06－28	2011－01－01
26	国家税务总局公告 2010 年第 1 号	国家税务总局	国家税务总局关于发布《企业境外所得税收抵免操作指南》的公告	2010－07－02	2010－01－01
27	国家税务总局公告 2010 年第 4 号	国家税务总局	国家税务总局关于发布《企业重组业务企业所得税管理办法》的公告	2010－07－26	2010－01－01
28	国家税务总局公告 2010 年第 6 号	国家税务总局	国家税务总局关于企业股权投资损失所得税处理问题的公告	2010－07－28	2010－01－01
29	国家税务总局公告 2010 年第 19 号	国家税务总局	国家税务总局关于企业取得财产转让等所得企业所得税处理问题的公告	2010－10－27	2010－11－27
30	国家税务总局公告 2010 年第 20 号	国家税务总局	国家税务总局关于查增应纳税所得额弥补以前年度亏损处理问题的公告	2010－10－27	2010－12－01
31	国家税务总局公告 2011 年第 24 号	国家税务总局	国家税务总局关于非居民企业所得税管理若干问题的公告	2011－03－28	2011－04－01
32	国税总局公告 2011 年第 25 号①	国家税务总局	国家税务总局关于发布《企业资产所得税税前扣除管理办法》的公告	2011－03－31	2011－01－01

① 《企业资产损失所得税税前扣除管理办法》中关于“企业因国务院决定事项形成的资产损失税前扣除审批”的行政审批项目已被：《国务院关于取消和下放一批行政审批项目的决定》于 2013 年 11 月 8 日取消。第十二条已被《国家税务总局关于企业因国务院决定事项形成的资产损失税前扣除问题的公告》于 2013 年 11 月 8 日废止。

33	国家税务总局公告 2011 年第 34 号	国家税务总局	国家税务总局关于企业所得税若干问题的公告	2011－06－09	2011－07－01
34	国家税务总局公告 2011 年第 39 号	国家税务总局	国家税务总局关于企业转让上市公司限售股有关所得税问题的公告	2011－07－07	2011－07－01
35	国家税务总局公告 2012 年第 30 号	国家税务总局	国家税务总局关于认定税收协定中“受益所有人”的公告	2012－06－29	2012－06－29
36	国家税务总局公告 2013 年第 41 号	国家税务总局	国家税务总局关于企业混合性投资业务企业所得税处理问题的公告	2013－07－15	2013－09－01
37	财税［2013］91 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于中国（上海）自由贸易试验区内企业以非货币性资产对外投资等资产重组行为有关企业所得税政策问题的通知	2013－11－15	2013－11－15
38	国家税务总局公告 2013 年第 72 号	国家税务总局	国家税务总局关于非居民企业股权转让适用特殊性税务处理有关问题的公告	2013－12－12	2013－12－12
39	国家税务总局公告 2014 年第 29 号	国家税务总局	国家税务总局关于企业所得税应纳税所得额若干问题的公告	2014－05－23	2014－05－23
40	国家税务总局公告 2014 年第 63 号	国家税务总局	国家税务总局关于发布《中华人民共和国企业所得税年度纳税申报表（A 类，2014 年版）》的公告	2014－11－17	2015－01－01
41	财税［2014］116 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税政策问题的通知	2014－12－31	2015－01－01
42	财税［2014］109 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知	2015－01－07	2014－01－01

43	国家税务总局公告 2015 年第 7 号	国家税务总局	国家税务总局关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告	2015－02－03	2015－02－03
44	税总所便函［2015］21 号	国家税务总局	国家税务总局所得税司关于企业所得税年度纳税申报表部分填报口径的通知	2015－03－16	2015－03－16
45	国家税务总局公告 2015 年第 33 号	国家税务总局	国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税有关征管问题的公告	2015－05－08	2015－05－08
46	国家税务总局公告［2015］年第 40 号	国家税务总局	国家税务总局关于资产（股权）划转企业所得税征管问题的公告	2015－05－30	2014－01－01
47	国家税务总局公告 2015 年第 48 号	国家税务总局	国家税务总局关于企业重组业务企业所得税征收管理若干问题的公告	2015－06－24	2015－06－24

（二）个人所得税法律文件

序号	文号	发文机关	法规/文件名称	发布时间	实施时间
01	国税发［1994］089 号①	国家税务总局	国家税务总局关于印发《征收个人所得税若干问题的规定》的通知	1994－03－31	1994－01－01

① 国家税务总局关于印发《征收个人所得税若干问题的规定》的通知中关于“外籍纳税人固定在一地申报缴纳个人所得税审批”的行政审批项目已被《国务院关于第三批取消和调整行政审批项目的决定》于 2004 年 5 月 19 日废止。所附“税率表一”和“税率表二”已被《国家税务总局公告 2011 年第 46 号——国家税务总局关于贯彻执行修改后的个人所得税法有关问题的公告》于 2011 年 9 月 1 日废止。

02	财税字［1994］20 号①	财政部 国家税务总局	财政部、国家税务总局关于个人所得税若干政策问题的通知	1994－05－13	1994－05－13
03	国税发［1997］198 号	国家税务总局	国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知	1997－12－25	1997－12－25
04	国税函［1998］289 号	国家税务总局	国家税务总局关于原城市信用社在转制为城市合作银行过程中个人股增值所得应纳个人所得税的批复	1998－05－15	1998－05－15
05	国税函发［1998］333 号	国家税务总局	国家税务总局关于盈余公积金转增注册资本征收个人所得税问题的批复	1998－06－04	1998－06－04
06	国税发［1999］178 号	国家税务总局	国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收个人所得税问题的通知	1999－09－23	1999－10－01
07	财税［2001］157 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于个人与用人单位解除劳动关系取得的一次性补偿收入征免个人所得税问题的通知	2001－09－10	2001－10－01
08	国税发［2008］115 号	国家税务总局	国家税务总局关于评估增值计征个人所得税问题的通知	2008－12－09	2008－12－09
09	国税函［2011］348 号	国家税务总局	国家税务总局关于国税发［1993］045 号文件废止后有关个人所得税征管问题的通知	2011－06－28	2011－06－28
10	主席令第 48 号	全国人大常委会	中华人民共和国个人所得税法	2011－06－30	2011－06－30
11	国务院令第 600 号	国务院	中华人民共和国个人所得税法实施条例	2011－07－19	2011－09－01

① 《财政部、国家税务总局关于个人所得税若干政策问题的通知》中关于“对外籍个人住房补贴、伙食补贴、洗衣费、搬迁费、出差补贴、探亲费、语言训练费、子女教育费补贴免征个人所得税审批”的行政审批项目已被《国务院关于第三批取消和调整行政审批项目的决定》于 2004 年 5 月 19 日取消。

12	国家税务总局公告 2013 年第 23 号	国家税务总局	国家税务总局关于个人投资者收购企业股权后将原盈余积累转增股本个人所得税问题的公告	2013 -05 -07	2013 -06 -07
13	国家税务总局公告 2014 年第 67 号	国家税务总局	国家税务总局关于发布《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》的公告	2014 -12 -07	2015 -01 -01
14	财税［2015］41 号	财政部 国家税务总局	财政部国家税务总局关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知	2015 -03 -30	2015 -04 -01
15	财税［2015］116 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于将国家自主创新示范区有关税收试点政策推广到全国范围实施的通知	2015 -10 -23	2015 -10 -23
16	国家税务总局公告 2015 年第 80 号	国家税务总局	国家税务总局关于股权奖励和转增股本个人所得税征管问题的公告	2015 -11 -16	2016 -01 -01

（三）增值税法律文件

序号	文号	发文机关	法规/文件名称	发布时间	实施时间
01	国税函［1998］429 号	国家税务总局	国家税务总局关于企业破产、倒闭、解散、停业后增值税留抵税额处理问题的批复	1998 -07 -16	1998 -07 -16
02	财税［2005］165 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于增值税若干政策的通知	2005 -11 -28	2005 -11 -28
03	国务院令第 538 号	国务院	中华人民共和国增值税暂行条例	2008 -11 -10	2009 -01 -01
04	财税［2008］170 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于全国实施增值税转型改革若干问题的通知	2008 -12 -19	2009 -01 -01

05	财政部 国家税务总局令第 50 号	财政部 国家税务总局	中华人民共和国增值税暂行条例实施细则	2008 – 12 – 28	2009 – 01 – 01
06	财税［2009］9 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于部分货物适用增值税低税率和简易办法征收增值税政策的通知	2009 – 01 – 19	2009 – 01 – 01
07	国税函［2009］90 号	国家税务总局	国家税务总局关于增值税简易征收政策有关管理问题的通知	2009 – 02 – 25	2009 – 01 – 01
08	国家税务总局公告 2011 年第 13 号	国家税务总局	国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告	2011 – 02 – 18	2011 – 03 – 01
09	国家税务总局公告 2012 年第 1 号①	国家税务总局	国家税务总局关于一般纳税人销售自己使用过的固定资产增值税有关问题的公告	2012 – 01 – 06	2012 – 02 – 01
10	国家税务总局公告 2013 年第 66 号	国家税务总局	国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告	2013 – 11 – 19	2013 – 12 – 01
11	财税［2014］57 号	财政部 国家税务总局	财政部、国家税务总局关于简并增值税征收率政策的通知	2014 – 06 – 13	2014 – 07 – 01
12	财税［2016］36 号	财政部 国家税务总局	财政部、国家税务总局关于简并增值税征收率政策的通知	2016 – 03 – 13	2016 – 05 – 01

① 《关于一般纳税人销售自己使用过的固定资产增值税有关问题的公告》已被《国家税务总局关于简并增值税征收率有关问题的公告》于 2014 年 7 月 1 日修改。

（四）土地增值税法律文件

序号	文号	发文机关	法规/文件名称	发布时间	实施时间
01	国务院令第 138 号	国务院	中华人民共和国增值税暂行条例	1993－12－13	1994－01－01
02	财法字［1995］6 号	财政部	中华人民共和国增值税暂行条例实施细则	1995－01－27	1995－01－27
03	财税［1995］48 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知	1995－05－25	1995－05－25
04	财税［2006］21 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于土地增值税若干问题的通知	2006－03－02	2006－03－02
05	财税［2015］5 号①	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于企业改制重组有关土地增值税政策的通知	2015－03－23	2015－01－01

（五）营业税法律文件

序号	文号	发文机关	法规/文件名称	发布时间	实施时间
01	国税函［1997］387 号	国家税务总局	国家税务总局关于以不动产作为股利进行分配征收营业税问题的批复	1997－07－04	1997－07－04
02	国税函发［1997］490 号	国家税务总局	国家税务总局关于以不动产或无形资产投资入股收取固定利润征收营业税问题的批复	1997－09－01	1997－09－01

① 5 号文执行期限为 2015 年 1 月 1 日至 2017 年 12 月 31 日。《财政部 国家税务总局关于土地增值税一些具体问题规定的通知》（财税字［1995］48 号）第一条、第三条，《财政部 国家税务总局关于土地增值税若干问题的通知》（财税［2006］21 号）第五条同时废止。

03	国务院令第 540 号	国务院	中华人民共和国营业税暂行条例	2008 －11 －10	2009 －01 －01
04	财政部 国家税务总局令第 52 号	财政部 国家税务总局	中华人民共和国营业税暂行条例实施细则	2008 －12 －18	2009 －01 －01
05	财税［2002］191 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于股权转让有关营业税问题的通知	2002 －12 －10	2003 －01 －01
06	国家税务总局公告 2011 年第 51 号	国家税务总局	国家税务总局关于纳税人资产重组有关营业税问题的公告	2011 －09 －26	2011 －10 －01

（六）印花税法律文件

序号	文号	发文机关	法规/文件名称	发布时间	实施时间
01	财税字［1988］第 255 号	财政部	中华人民共和国印花税暂行条例施行细则	1988 －09 －29	1988 －09 －29
02	财税［2003］183 号	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于企业改制过程中有关印花税政策的通知	2004 －02 －05	2004 －01 －01
03	国务院令第 11 号	国务院	中华人民共和国印花税暂行条例	2011 －01 －08	2011 －01 －08

（七）契税法律文件

序号	文号	发文机关	法规/文件名称	发布时间	实施时间
01	国务院令第224号	国务院	中华人民共和国契税暂行条例	1997－07－07	1997－10－01
02	财法字［1997］52号	财政部	中华人民共和国契税暂行条例实施细则	1997－10－28	1997－10－01
03	财税［2015］37号①	财政部 国家税务总局	财政部 国家税务总局关于企业改制重组有关土地增值税政策的通知	2015－03－31	2015－01－01 至2017－12－31

① 37号文废止了原《财政部、国家税务总局关于企业事业单位改制重组契税政策的通知》（财税［2012］4号）。

附录 2：

参考文献

1. Victor Thuronyi，Tax Law Design and Drafting，Volume 1：1996，Volume 2：1998，International Monetary Fund.

2. 黄嵩、魏恩遒、刘勇：《资产证券化理论与案例》，中国发展出版社 2007 年版；

3. 谢永江：《资产证券化特定目的机构研究》，中国法制出版社 2007 年版；

4. 杨小强：《税收筹划：以中国内地与港澳税法为中心》，北京大学出版社 2008 年版；

5. 姜浩：《美国联邦公司税法制度研究》，中国政法大学出版社 2009 年版；

6. 郭崔平、王瑞琪：《公司重组并购税务处理实用指南》，中国财政经济出版社 2010 年版；

7. 张兰田：《资本运作税法实务》，法律出版社 2010 年版；

8. 廖益新主编、陈延忠著：《国际税收协定解释问题研究》，科学出版社 2010 年版；

9. 廖益新主编、林德木著：《美国联邦公司并购税收制度研究》，科学出版社 2010 年版；

10. 财政部会计司编写组著：《企业会计准则讲解（2010）》，人民出版社 2010 年版；

11. 廖益新主编、蔡连增著：《美国联邦所得税法外国税收抵免制度研究》，科学出版社 2011 年版；

12. 陈红彦：《跨国股息征税问题研究》，科学出版社 2011 年版；

13. 梁若莲编：《税收协定解读与应用》，中国税务出版社 2012 年版；

14. 雷霆：《美国公司并购重组业务所得税制研究：原理、制度及案例》，中国法制出版社 2014 年版；

15. 雷霆：《公司并购重组原理、实务及疑难问题诠释》，中国法制出版社 2014 年版；

16. 刘永斌：《互联网金融：法律风险防范实务指导》，中国法制出版社 2015 年版；

17. 雷霆：《资本交易法律文书精要详解及实务指南》，中国法律出版社 2015 年版；

18. 林华主编：《中国资产证券化操作手册（上、下)》，中信出版社 2015 年版；

19. 高慧云主编：《金融创新业务的税收筹划》，中国法制出版社 2015 年版；

20. 雷霆：《企业并购重组税法实务：原理、实务及疑难问题剖析》，中国法律出版社 2015 年版。

21. Prentice Hall’s Federal Taxation 2012：Corporation，Partnerships，Estates & Trusts，KENNETH E. ANDERSON，THOMAS R. POPE，JOHN L. KRAMER.

22. South – Western Federal Taxation 2013 – Comprehensive Volume，36th ed. – William H. Hoffman.